

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

15

*Homenaje a
Luis Henrique Farías Mata*

Presentación

Carlos Reverón Boulton

Semblanza del Dr. Luis Henrique Farías Mata

Rafael Badell Madrid

Estudios

El control de convencionalidad y su ejercicio
por los funcionarios de la Administración Pública

María Lidia Álvarez Chamosa

Las formas en el derecho y los actos administrativos.
Una revisión a la luz de la teoría de Santo Tomás de Aquino

Jonás Aponte

Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa

Rafael Badell Madrid

Sobre la tendencia hacia la especialización
de lo contencioso administrativo en América Latina

Allan R. Brewer-Carías

Gran Misión Vivienda Venezuela. Aproximación al tratamiento
del derecho de propiedad en el régimen jurídico de este programa social

Gustavo A. Grau Fortoul

¿Incluso por desviación de poder?
Los elementos del acto administrativo y sus mitos

Gustavo Linares Benzo

La inhabilitación del Presidente Guaidó
por la Contraloría General de la República

Freddy J. Orlando S.

Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia
en Sala Político-Administrativa (1981-1985)

Gabriel Sira Santana

El derecho económico de todos a disponer
de bienes y servicios de calidad en Venezuela

Cecilia Sosa Gómez

Mayo - agosto 2018

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 15 mayo - agosto 2018

**HOMENAJE A
LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA**



Universidad
Monteávila

© 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

Carcacas, 2019

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

“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

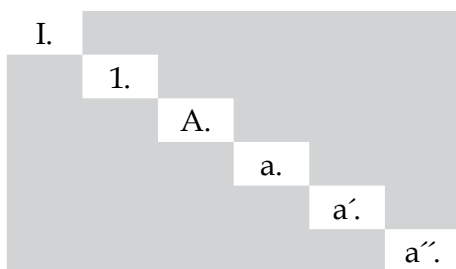
Normas de publicación

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

Rafael Badell Madrid, *Semblanza del Dr. Luis Henrique Farías Mata.*

ESTUDIOS

María Lidia Álvarez Chamosa, *El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la Administración Pública.*

Jonás Aponte, *Las formas en el derecho y los actos administrativos. Una revisión a la luz de la teoría de Santo Tomás de Aquino.*

Rafael Badell Madrid, *Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa.*

Allan R. Brewer-Carías, *Sobre la tendencia hacia la especialización de lo contencioso administrativo en América Latina.*

Gustavo A. Grau Fortoul, *Gran Misión Vivienda Venezuela. Aproximación al tratamiento del derecho de propiedad en el régimen jurídico de este programa social.*

Gustavo Linares Benzo, *¿Incluso por desviación de poder? Los elementos del acto administrativo y sus mitos.*

Freddy J. Orlando S., *La inhabilitación del Presidente Guaidó por la Contraloría General de la República.*

Gabriel Sira Santana, *Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1981-1985).*

Cecilia Sosa Gómez, *El derecho económico de todos a disponer de bienes y servicios de calidad en Venezuela.*

PRESENTACIÓN

Es un grato honor dedicar este número 15 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, para rendir un justo homenaje a la vida y obra del gran jurista venezolano, el Profesor Luis Henrique Farías Mata, reflejada principalmente en la profunda labor que ejerció como Magistrado de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de ahí que se extraña y lamente que su conocimiento científico -respecto a nuestra disciplina- no se haya recogido en un manual de Derecho Administrativo, mediante el cual se pudiese consultar todo el genio de ese gran maestro.

Luis Henrique Farías Mata se desempeñó como Procurador General de la República, Magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado del Tribunal Andino de Justicia. Su huella no solo se registró en los cargos que desempeñó eximamente, también se extendió en su labor como profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello y de Derecho Comunitario y de la Integración en la Universidad de Margarita.

La construcción y consolidación del Derecho Administrativo venezolano se debe en gran medida a los meritorios fallos en los que fue ponente y los votos salvados que suscribió. Especialmente en una época marcada por la falta de codificación, en la que correspondió a la jurisprudencia delimitar el contenido de la actividad administrativa y de las instituciones que conforman el Derecho Administrativo.

Con un marcado acento e influencia del derecho francés, destacamos las decisiones relacionadas con contratos administrativos (caso: *Acción Comercial* y caso: *Hotel Isla de Coche*); actos administrativos (caso: *Carlos Andrés Pérez* y caso: *Arnaldo Lovera*); actos separables (caso: *Karl Wulff*); potestad discre-

cional (caso: *Depositaria Judicial*); responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (voto salvado en el caso: *Silvia Rosa Riera* y caso: *Laboratorio Sánalo*); legitimación activa en el contencioso administrativo (caso: *Iván Pulido Mora*); omisión administrativa (caso: *Eusebio Igor Vizcaya Paz*); y conceptos jurídicos indeterminados (caso: *RCTV La escuelita*). Todas esas sentencias constituyen una piedra angular y una importante fuente de nuestro Derecho Administrativo.

Muchas de esas decisiones fueron *líderes* de las áreas y objeto de los fallos en los que participó ese importante maestro, de ahí que hasta nuestros días sean objeto de un enjundioso estudio y análisis –en las aulas de clases de nuestras universidades y en diversas monografías– para una mejor comprensión de la evolución de algunas instituciones que conforman el Derecho Administrativo.

Insistimos que en buena medida la construcción del Derecho Administrativo en el país se debe a la jurisprudencia, ello obedece a dos razones fundamentales; por una parte, la ausencia de codificación que identificó a la realidad venezolana y por la otra, la mutabilidad y evolución que exige la adaptación del contencioso administrativo a las realidades que se presentan producto de los conflictos que le son planteados.

La idea fundamental que subyace en las decisiones y votos salvados suscritos por Luis Henrique Farías Mata, se traduce en realzar que la Administración Pública en su actuación queda sometida a un régimen especial de Derecho, cuya finalidad es garantizar y satisfacer el interés que tutela. Por ello, se insistió en dos nociones fundamentales, a saber: (i) la trascendencia del principio de legalidad como un límite a los privilegios y prerrogativas de la Administración; y (ii) el control judicial de toda la actividad y conducta administrativa (universalidad del control), para prevenir así la arbitrariedad y erigirse en defensa de los derechos de los ciudadanos frente a la exorbitancia sobre la que gira ese régimen jurídico especial.

A través de este homenaje se quiere, además de analizar y destacar la labor y obra jurídica de Luis Henrique Farías Mata, convertirse en un ejemplo y punto de partida en la reconstrucción del contencioso administrativo que tenemos como labor ineludible en la situación política actual, en la que se han desconocido los fundamentos sobre los que reposa esa necesaria jurisdicción tendente a controlar a la Administración.

La realidad nos exige recordar y remarcar que el Derecho Administrativo debe articularse y entenderse siempre como un instrumento cuya única finalidad es la de garantizar los derechos fundamentales de las personas a través de la actividad que realiza la Administración Pública, idea sobre la cual pivota la actual visión, gracias a la cual el acento y primacía debe ser el ciudadano al que la Administración debe servir -por su carácter vicarial- apegada a la ley y al derecho y a los principios de mínima intervención y subsidiaridad, como límites efectivos de su actuación para así no rebasar y vaciar de contenido las libertades individuales.

Las monografías que conforman este número especial de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* atestiguan la importancia que para nuestro Derecho Administrativo significó el Profesor Luis Henrique Farías Mata, en virtud de su agudo y profundo conocimiento de esta disciplina, de manera que los invitamos a que conozcan y se familiaricen con su legado, gracias a la tarea y estudio de quienes participan en esta edición de la Revista.

Carlos Reverón Boulton
Caracas, 15 de septiembre de 2019

SEMBLANZA DEL DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA

Rafael Badell Madrid¹



Carúpano, Estado Sucre, 3 de julio de 1929.
Porlamar, Estado Nueva Esparta, 2 de agosto de 2018.

Recibido: 20 de junio de 2019 Aceptado: 10 de septiembre de 2019

-
- 1 Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello (1982). Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau, 1986. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Me parece un gran acierto del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, de su Director Dr. José Ignacio Hernández y del sub director Dr. Carlos Reverón Boulton, haber dedicado esta entrega para resaltar la memoria del Maestro Dr. Luis Henrique Farías Mata. Me siento muy complacido de tener yo la honrosa encomienda de hacer, como punto previo al contenido jurídico de la Revista, una semblanza del recordado Maestro Luis Henrique Farías Mata, quien falleció el pasado 2 de agosto de 2018, con la misma inteligencia y claridad mental que lo distinguió siempre y con su habitual caballerosidad, prudencia, generosidad y humildad.

Farías Mata era admirado y querido no sólo por sus muchísimos discípulos, sino también por sus profesores y los grandes maestros y juristas en Venezuela y en otros países. De eso dio cuenta su profesor y colega Magistrado de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Dr. René De Sola, en enero del 2010, en su discurso de contestación al pronunciado por Farías Mata cuando éste se incorporó a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.² También recuerdo haber tenido varias largas conversaciones con el Maestro Dr. Eloy Lares Martínez, quien ponderaba siempre con entusiasmo la inteligencia y sabiduría de Farías Mata.

Farías Mata nació en Carúpano, Estado Sucre, el 3 de julio de 1929 y falleció en la ciudad de Porlamar, Estado Nueva Esparta, el 2 de agosto de 2018, un mes después de cumplir los 89 años. Era abogado “Magna Cum Laude” de la Universidad Central de Venezuela y Doctor en derecho de la misma Universidad. Se especializó en derecho público y administrativo en la Universidad de Carabobo, en la Universidad Complutense de

2 Discurso de contestación del Dr. René De Sola al Discurso de incorporación del Dr. Luis Henrique Farías Mata a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 149 (2010), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. 21-30.

Madrid y en la Universidad de París I, así como en la Universidad Libre de Bruselas. En todos sus estudios de postgrado obtuvo la mención honorífica.

Su profunda cultura jurídica abarcaba todos los campos de las ciencias jurídicas, pero sin duda, tenía un dominio extraordinario del derecho público y su vocación era despertar en sus discípulos el interés por esa materia y, luego, su mayor alegría era ser testigo de su éxito.

Farías Mata fue profesor e investigador, en su alma mater, la Universidad Central de Venezuela. Desde 1958 fue profesor de la Escuela de derecho y fue Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas durante los años 1972 a 1975. Bajo su conducción se fundó la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de esa Universidad. Aún después de su jubilación Farías Mata se mantuvo dando clases en la especialización de derecho administrativo que se imparte en los cursos de post grado, en los cuales llegó a ser su Director. Allí daba clases en la materia que lo distinguiría más, procedimiento contencioso-administrativo.

Luis Henrique Farías Mata fue autor de varias publicaciones:

- “Recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo” (1959).
- “La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana (1968)” en “Publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal” (1968).
- “La doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal”, en “Archivo de derecho público y ciencias de la administración”, UCV (1971).

- “Los motivos de impugnación en el contencioso administrativo”, en “Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa”, 8vas. Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Barquisimeto (1983).

En su ejercicio profesional, el Dr. Farías Mata fue asesor jurídico del Consejo Nacional de Universidades, del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT) y del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC). También fue asesor jurídico del Congreso de la República, director de asesoría del Estado y de coordinación de la Procuraduría General de la República. Posteriormente fue Procurador General de la República, organismo desde donde consolidó toda una importante doctrina en las materias más relevantes del derecho administrativo.

Luego que se retiró, jubilado de la Universidad Central de Venezuela, Farías Mata seguiría teniendo una intensa actividad como profesor. En 1981, fundó en los estudios de pregrado de la Universidad Católica Andrés Bello, la primera cátedra de procedimiento contencioso administrativo. Asimismo, fue profesor de varias universidades extranjeras como la prestigiosa Universidad Andina “Simón Bolívar”, la Universidad Católica en la ciudad de Quito, y la Universidad de Azuay en Cuenca³. Fue vicepresidente de la Universidad Nacional Experimental “Simón Rodríguez” y presidente del Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta de Venezuela.

Conocí al Maestro varias veces y en todas sus facetas me sorprendió. La primera vez que lo conocí, fue en la condición de estudiante de la escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Fue un día de octubre de 1981, cuando

3 Discurso de contestación del Dr. René De Sola al Discurso de incorporación del Dr. Luis Henrique Farías Mata a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 149 (2010), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010. Pp. 21-30.

precisamente se creó la catedra de procedimiento contencioso administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, la primera en Venezuela. Ese momento quedó muy bien descrito por uno de sus más brillantes discípulos, el Académico Henrique Iribarren Monteverde, quien al dar inició a las Jornadas que hicimos en homenaje a nuestro Maestro, en la ciudad de Margarita, en abril del año 2006 dijo las siguientes palabras:

“Todavía está fresco en mi memoria aquel día de octubre de 1981 en el que sucedió un hecho inédito en la historia de los estudios del Derecho Público en Venezuela, cuando por primera vez, a nivel de pregrado, se dictó un curso formal de “Procedimiento Contencioso Administrativo”, en la Universidad Católica Andrés Bello, por el Maestro Farías Mata. La ritualidad del momento, llegó a su cénit, cuando el Decano y la Directora de la Facultad, se incorporaron al curso para hacernos la presentación del en ese entonces Magistrado de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En realidad todos quedamos estupefactos de admiración, y, temerosos reverencialmente de que una persona de tamaño investidura fuese “el filtro” de nuestro quinto año de la carrera. Casi veinticinco años han pasado de ese día, y lo cierto del caso es que prácticamente todos los alumnos que vivimos esa experiencia, tenemos un sentimiento de profunda gratitud por las enseñanzas del Derecho, y hasta de la vida misma, que nos ofreció el homenajeado en estas jornadas”⁴.

Luego, siendo yo abogado y posteriormente director de contencioso administrativo de la Procuraduría General de la República, 1982-1986, al actuar como abogado en representación de los intereses de la República ante la jurisdicción

4 Presentación por Henrique Iribarren Monteverde del libro Badell Madrid, Rafael (Coord.), “Congreso Internacional de Derecho Administrativo. En homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata”, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Margarita, Salvador de Madariaga Universidade Da Caruña, Caracas, 2006. p. 7.

contencioso administrativa y, principalmente ante la Sala Político-Administrativa, me acerqué al Farías Mata Magistrado, cuyos precedentes jurisprudenciales en los grandes temas del derecho administrativo contribuyeron de forma especial al avance del contencioso administrativo en Venezuela.

Sin duda que la etapa de Farías Mata como Magistrado fue de enorme trascendencia primero en Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual presidió en los años 1986 y 1987; luego como Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con sede en Quito, Ecuador, del cual fue igualmente presidente durante los años 1995 y 1996, y posteriormente otra vez su presidente en los años 2000 y 2001⁵. En esas importantes instancias judiciales produjo valiosas decisiones, sentencias verdaderamente estelares sobre los grandes temas del derecho público.

1. Sobre el principio de la legalidad, y en particular sobre el control de la discrecionalidad, la emblemática decisión del 2 de noviembre de 1982, caso “Depositaria judicial”.

Este fallo se refiere al control de la discrecionalidad y al principio de legalidad sobre los actos administrativos:

*“En efecto, concebido esto como una unidad (regla y discrecionalidad al mismo tiempo) no hubo que distinguir de ahí en adelante: en todos (reglados y discrecionales y más en estos que en los primeros) han de expresarse los motivos que llevaron a la administración a configurarlos, y todos, en mayor o menor medida, han de ser revisables en jurisdicción contencioso-administrativa.”*⁶

5 Ibídem.

6 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982, caso “Depositaria judicial”, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III,

El importante fallo determinó que todo acto dictado en función administrativa, aunque gozara de las características de la discrecionalidad, está sometido al control jurisdiccional del contencioso administrativo. En efecto, la actividad contenciosa administrativa controla el ejercicio del poder por parte de la administración, al adecuarla a los parámetros de la legalidad, siendo que este carácter contralor, puede incluso sustentarse en la revisión de la proporcionalidad ponderada por la administración en el ejercicio de potestades discrecionales⁷.

Urdaneta Troconis comentó que con esta decisión la Corte Suprema de Justicia *“se apartaba ya del esquema de clasificación tradicional de los vicios del acto administrativo, originado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se afiliaba a la más moderna tendencia que los clasifica relacionándolos con los respectivos elementos esenciales del acto”*, y que en ese sentido, el Dr. Luis Henrique Farías Mata fue pionero en la nueva concepción de la teoría de las nulidades del acto administrativo⁸.

Sobre lo mismo, José Ignacio Hernández, señaló: *“Principio de legalidad y control contencioso administrativo son*

Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 70-93.

7 Téngase en cuenta al respecto el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos según el cual *“Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”*

8 Urdaneta Troconis, Gustavo, *“Avances jurisprudenciales sobre los motivos de impugnación en el contencioso-administrativo venezolano”*, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. Pp. 13-14.

dos caras de la misma moneda: no puede existir el uno sin el otro. Por lo tanto, ninguno de los elementos de validez del acto administrativo queda excluido del principio de legalidad, siquiera, en aquellos actos dictados en ejercicio de la potestad discrecional. Con lo cual, la sentencia afirma –siguiendo al Derecho francés– que no existen actos puramente discrecionales ni actos puramente reglados, pues todo acto es resultado de potestades regladas y discrecionales, con lo cual, todo acto siempre queda sometido al principio de legalidad y al control judicial”⁹.

2. En un tema tan clásico del derecho administrativo, como es el caso del contrato administrativo, Farías Mata fue ponente de la conocida sentencia del 14 de junio de 1983, “Acción comercial”. Esta sentencia fue trascendental para entender que:

“La presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones– en el negocio jurídico, marca a este, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquella, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificio en aras de intereses privados...”, pero que sin embargo, los particulares a su vez quedan protegidos cuando contratan con la administración, por la garantía de la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, “en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervenientes: “hecho del príncipe”, circunstancias previsibles, fuerza mayor...) es compensada

9 Véase Hernández, José I., “Luis Henrique Farías Mata y la construcción jurisprudencial del derecho administrativo venezolano”, disponible en: https://www.academia.edu/37189497/Luis_Henrique_Far%C3%ADas_Mata_y_la_construcci%C3%B3n_jurisprudencial_del_Derecho_Administrativo_venezolano?auto=download, Pp. 23 y ss.

con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieran habérsele ocasionado.”¹⁰.

3. Por lo que se refiere a los efectos de la decisión, poderes del juez, la sentencia del 26 de julio de 1984, caso “Despacho Los Teques”, relativa a las potestades del juez para declarar la nulidad absoluta de los actos administrativos, por una parte, y la potestad de autotutela administrativa, por otra:

“...es de advertir que la jurisprudencia de esta corte no estableció una enumeración limitativa de supuestos en los cuales procedía la declaración de nulidad absoluta o radical de un acto administrativo, a pesar de haber reconocido el carácter excepcional de este supuesto de ilegalidad frente a la común anulabilidad que surge de la ilegalidad que afecta a los actos mencionados. Con prudencia y cautela recomendables, especialmente cuando se trata de establecer principios y crear doctrina en materias con escasa legislación general, como era el derecho administrativo, la Corte asumió la posición de determinar caso por caso si procedía o no declarar la nulidad absoluta o radical de acuerdo a la gravedad y trascendencia de la irregularidad que afectare el acto administrativo examinado. En este sentido se utilizaron varios de los criterios elaborados por la doctrina del derecho administrativo para identificar los supuestos de ilegalidad merecedores de la calificación de nulidad absoluta, como son la violación directa de la Constitución, la falta de elementos esenciales del acto, infracción grosera de la Ley, la incompetencia manifiesta del funcionario, la transgresión de normas legales establecedoras de conductas prohibidas, la vulneración del orden público y otros criterios de semejante naturaleza. En otras palabras, se buscó establecer una proporción entre la gravedad de la nuli-

10 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de junio de 1983, caso “Acción comercial”, Cit. en Iribarren Monteverde, Henrique, Ob. cit. Pp. 9-10.

dad como sanción jurídica y la de los vicios que afectaban al acto administrativo.

Así también, desde hace bastante tiempo reconoció la jurisprudencia de esta Corte la existencia de la llamada potestad de autotutela de la Administración Pública, según la cual pueden y deben los órganos competentes que la integran revocar de oficio en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.”¹¹.

4. Sobre la naturaleza, procedencia y formalidades del recurso por abstención o inactividad de la administración, igualmente se pronunció el Magistrado Luis Henrique Farías Mata, mediante sentencia del 28 de febrero de 1985, caso “Eusebio Igor Vizcaya Paz”, expresando en esa ocasión que:

“Los términos de los textos de derecho positivo venezolano ya citados, permiten deducir que en ellos no se regula la abstención frente a la obligación genérica (inconcreta, por tanto, en su formulación general) que tienen los funcionarios de actuar en ejercicio de atribuciones correspondientes al respectivo cargo. Antes bien, debe tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente, la cual ha de presentarse como un paradigma de contraste que sirva para verificar si la abstención existe, en efecto, respecto del supuesto expresa y especialmente previsto en la norma, y, por tanto, si procede o no el respectivo recurso (...) El objeto del recurso por abstención no es, como se ha dejado expuesto, ni un acto administrativo, ni la indebida ausencia, por vía general, de este, ni una ilícita actuación material de la Admi-

11 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de julio de 1984, caso “Despacho Los Teques”, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Ob. cit. Pp. 94-112.

nistración, sino “la abstención o negativa” del funcionario público a actuar, es decir, a cumplir determinado acto ...en el sentido de actuación- del cual el supuesto de hecho se encuentra previsto en una ley específica, pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone. El objeto de este recurso es, pues, una conducta omisa del funcionario.”¹²

5. La legitimación activa, que, como él decía, daba respuesta a la pregunta ¿quién recurre?, fue desarrollada en la decisión del 3 de octubre de 1985, caso “Iván Pulido Mora”, en la cual se estableció que:

“En el procedimiento contencioso administrativo de legalidad contra actos particulares la solución es intermedia: ni tan amplia como en el recurso de inconstitucionalidad, ni tan limitada como en el proceso civil. Habida cuenta de que cobre carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo son admitidos a recurrir en vía contencioso-administrativa: de una parte, los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo y gasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. Pero además, detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los interesados legí-

12 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de febrero de 1985, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. pp. 223 y ss.

*timos ...concepto diferente en derecho público del anteriormente expuesto, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derecho subjetivos administrativos se encuentran en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. (...) Se trata sin embargo, todavía, de un sistema de recursos "subjetivo", pues se protege la integridad de la norma solo en función de las situaciones jurídicas subjetivas finalmente alteradas"*¹³.

6. Sentencia del 9 de noviembre de 1989, caso "Arnaldo Lovera", respecto de la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de ejecutividad y de ejecutoriedad. En esta decisión se determinó que el acto administrativo, al dictarse, se presume legítimo, válido, productor de su natural eficacia jurídica (presunción de legalidad); y capaz de ser ejecutado inmediatamente por la administración, aun en contra de los administrados, sin necesidad de decisión judicial al respecto (principio de ejecutoriedad):

"Dispone la Administración, de poderes conforme a los cuales puede modificar unilateralmente las situaciones jurídicas de los administrados sin necesidad de acudir al juez; en estos casos no emite aquellas simples pretensiones, sino que adopta verdaderas decisiones.

(...)

Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayo-

13 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de octubre de 1985, caso "Iván Pulido Mora", Cit. en Iribarren Monteverde, Henrique, Ob. cit. p. 10.

ría de los ordenamientos extranjeros: el acto administrativo al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse entonces que debe cumplirse a partir del momento en que es “definitivo”, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la doctrina (Zanobini, Sayaguez, González Pérez, Garrido) es coincidente en bautizar con el nombre de “ejecutividad”.

Pero además la Administración, tal como se ha dejado expuesto tiene ...cuando los actos de suyo ejecutivos impongan deberes o limitaciones, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto; atributo al que ...distinguiéndolo del género “ejecutividad” -se ha dado la denominación específica de “ejecutoriedad”...”¹⁴.

7. Sentencia del 1 de agosto de 1991, caso “RCTV La Escuelita”, relativa a los conceptos jurídicos indeterminados y su incapacidad de atribuir potestades discrecionales de la administración: *“La presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, ciertamente no concede per se discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, pues –como lo ha dejado establecido ya como Corte– la discrecionalidad se define como el arbitrio de elegir entre dos o más soluciones justas, mientras que el concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de esta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión”¹⁵.*

14 Presentación por Henrique Iribarren Monteverde del libro BADELL MADRID, Rafael (Coord.), “Congreso Internacional de Derecho Administrativo. En homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata”, ob. cit. p. 11.

15 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 01 de agosto de 1991, caso “RCTV ... La Escuelita”, consultada en

8. En la sentencia del 9 de abril de 1992, caso “Corporación Bamundi”, el Maestro Farías Mata salvó su voto por su criterio relativo al régimen aplicable a los actos dictados por la administración en ejecución de normas administrativas de derecho laboral. En esta ocasión, mediante interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo, la mayoría sentenciadora había concluido que los tribunales laborales eran competentes para conocer del recurso de nulidad en contra de actos dictados en ejecución de las normas administrativas de derecho laboral; sin embargo, el Dr. Farías Mata en su voto salvado, señaló que dicho criterio “atentaba contra la “integralidad” de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto los Tribunales de esa jurisdicción debían ser los competentes para conocer de recursos de nulidad contra actos dictados por la llamada Administración Laboral, dando así preferencia al fuero atrayente derivado del propio concepto de acto administrativo”¹⁶.
9. Sentencia del 4 de marzo de 1993, caso “Silvia Rosa Riera”, sobre la que ejerció su voto salvado, por su criterio disidente respecto de la responsabilidad administrativa extracontractual, según el cual:

“En efecto, el régimen jurídico especial que disciplina la actividad de los servicios públicos comporta no solo la sujeción objetiva de estos al principio de la legalidad, sino una aplicación peculiar del principio de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, aplicando esta enraizada o morigerada por las sentencias de los jueces contencioso-administrativos, quienes deben apreciar tal actividad de servicio público en función de interés general comprometido en la misma, para no tener por viables estricta e indiscriminadamente las reglas de respon-

XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Ob. cit. Pp. 129-142.

16 Cfr. Hernández, José I., “Luis Henrique Farías Mata y la construcción jurisprudencial del derecho administrativo venezolano”, ob. cit. p. 39.

sabilidad civil, concebidas históricamente para las simples relaciones entre los particulares.

Por consiguiente, en criterio del autor del presente auto salvado, la responsabilidad que puede corresponder a las personas morales de Derecho público por el ejercicio de la actividad administrativa, no es general ni absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada ...no con todo fundamento- madre del Derecho administrativo, no se rige, en efecto, directa ni literalmente por las reglas del Derecho Civil, concebidas para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que debe determinar, como ya lo ha hecho, el juez venezolano del contencioso administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado, y la necesaria conciliación de los intereses particulares con el interés general en la prestación del servicio.”¹⁷.

10. En la sentencia del 14 de septiembre de 1993, caso “Presidente Carlos Andrés Pérez”, definió formalmente el acto administrativo y explicó las diferencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción constitucional. En ese sentido, el Magistrado Farías Mata definió lo siguiente:

“...puede evidenciarse que según la distribución de competencias que establece la propia Ley Originaria para hacer efectiva la garantía objetiva de la constitucionalidad en su artículo 216, todas las acciones de nulidad interpuestas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Carta Magna, y que ...por tanto, desde el punto de vista de su rango, son equiparables a la ley (...), son del conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia en Pleno; mientras que cuando se impugne un acto administrativo del Poder Público, de

17 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 4 de marzo de 1993, caso “Silvia Rosa Riera”, Cit. en Iribarren Monteverde, Henrique, Ob. cit. Pp. 9-10.

carácter general o particular, -pero de rango sublegal, realizado en función administrativa- por contrariedad al derecho ...y aún por razones de inconstitucionalidad-, la competencia corresponderá siempre a un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sea la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro Tribunal de los que la ley determina.”

11. En cuanto a la jurisprudencia internacional, mediante sentencia del 13 febrero de 1998, caso “Canali” del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Luis Henrique Farías Mata estableció la diferencia entre el recurso de nulidad de cada país miembro del Acuerdo de Cartagena y el recurso de nulidad comunitario. De otra parte, tampoco puede dejar de mencionarse la sentencia dictada el 22 de marzo del año 2000 por el mismo tribunal, con su ponencia del Magistrado prediente Luis Henrique Farías Mata, mediante la cual se decidió recurso intentado por el tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, en el que solicitó la interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 párrafo h), 83 párrafos a) y e), y 95, todos de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y que le correspondería aplicar en el recurso ejercido por la sociedad Cía. LTDA., en relación con la solicitud de registro del PACIFIC signo “PACIFIC”. Sobre la decisión, el maestro René De Sola reseñó:

“Por su texto claro y preciso, podría ser considerada como una lección pedagógica sobre los fundamentos que deben ser tomados en consideración para analizar la registrabilidad de una marca de acuerdo con las normas de la decisión 344, lúcidamente interpretadas por el autor de la ponencia. Se le indica al Juez su deber de evaluar primeramente la distintividad de la marca que debe caracterizar todo signo para ser registrable; si la misma es perceptible y susceptible de representación gráfica y si no es confundible con otra marca registrada

*para los mismo bienes o servicios, y que para el examen de la confundibilidad se requiere “un análisis global o de conjunto de los signos, sin limitaciones en cuanto al número de sílabas o minimizaciones de sus componentes o análisis extensivos o técnicos en otros campos, pues el examinador al colocarse en el lugar el consumidor medio y tratándose de productos de consumo masivo, debe percibir o asimilar que éste no efectúa en cuanto a marcas o signos un profundo examen de los mismos, sino que se guía por una imagen general, superficial y ligera de las marcas, y lo que percibe y recuerda a primera vista sería el elemento diferenciador que le sirve para determinar o no la existencia de confundibilidad”*¹⁸.

Luis Henrique Farías Mata fue merecedor de distintas condecoraciones entre las cuales se encuentran la “Orden del Libertador”, Grado de Gran Oficial, recibida en 1985; la “Orden Andrés Bello”, Banda de Primera Clase, recibida en el año 1982; y la “Orden Francisco de Miranda”, recibida en su Primera Clase –Banda de Honor–, en 1988¹⁹.

Aun en su retiro, cuando decidió irse a vivir a la ciudad de Margarita, continuó su actividad académica, tanto como profesor de la Universidad de Margarita en la cátedra de derecho comunitario y de la integración, como en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en la cual se incorporó como miembro correspondiente por el Estado Nueva Esparta el 19 de enero de 2010, luego de haber declinado la oferta de ser Individuo de Número alegando que no estaba domiciliado en Caracas, como exige la ley. Su trabajo de incorporación intitulado “Porqué la Comunidad Andina”²⁰.

18 Discurso de contestación del Dr. René De Sola al Discurso de incorporación del Dr. Luis Henrique Farías Mata a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ob. cit. pp. 27-28.

19 Ibídem.

20 Véase: <http://www.acienpol.org.ve/Incorporados.aspx>

Farías Mata me asombró, durante 35 años. Me sorprendía cuando leía o releía lo que él escribía en sentencias u otras producciones de su pensamiento. Era un gusto enorme oír sus conferencias, rigurosamente formales y de una profundidad excepcional, o cuando asistíamos a sus clases, o dábamos clases o conferencias juntos, cuando mediante preguntas y dudas nos guiaba hacia conocimientos no conceptualizados.

Tuve el privilegio enorme de conocer y disfrutar al Farías Mata compañero en muchas tareas intelectuales, como la organización de eventos jurídicos y foros a los que asistimos juntos muchas de las veces siendo él organizador y otras en las que yo figuré como organizador y lo llevaba como invitado de lujo. Dentro de ellas, asistí a las reputadas Jornadas J.M. Domínguez Escovar, que él organizó por primera vez en 1983, con el objeto de estudiar y constatar la evolución de la jurisprudencia contencioso administrativa y, luego, invitado por él en condición de ponente a las Jornadas de 1993 y a las de 2003 y, finalmente figurando yo como organizador, siempre oyendo de cerca sus consejos, a las de 2013, todas referidas al estudio de la evolución, o involución, de la jurisprudencia contencioso administrativa.

Sin dejar de ser siempre su discípulo, conocí también al Farías Mata amigo, igualmente excepcional. Sus condiciones humanas: humildad, generosidad, prudencia y amabilidad, entre muchas otras, eran otro motivo de admiración y respeto. Ver la dimensión de su personalidad, por supuesto, causaba asombro. Pocos días antes de su muerte recibí su llamada para despedirse. Fue una conversación muy difícil para mí. Recuerdo con claridad que me dijo “Hola viejo, estoy llamándote porque me quiero despedir de ti...” Yo no pude decir mucho. Me indicó las personas de quien se había despedido y me pidió el número teléfono de otros amigos comunes, para hacer lo mismo. Sentí un inmenso dolor y un respeto enorme por mi Maestro. La entereza y racionalidad de la despedida fue la última lección que me dio el Maestro.

Luis Henrique Farías Mata fue un hombre excepcional que contribuyó enormemente al desarrollo del derecho público en Venezuela y, en particular, de la jurisdicción contencioso administrativa. A través de sus virtudes personales y ciudadanas y de sus clases, conferencias, escritos, estudios, dictámenes y sentencias deja una huella imborrable en muchísimas personas e instituciones.

ESTUDIOS

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU EJERCICIO POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

María Lidia Álvarez Chamosa¹

Resumen: Uno de los mecanismos de protección de derechos humanos con gran auge en el Sistema Interamericano es el control de convencionalidad a fin de lograr el cumplimiento y efecto útil del corpus iuris interamericano. Se vinculan de esta manera dos niveles garantistas, uno externo y concentrado ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otro difuso a lo interno de los Estados Partes ejercido dentro del ámbito de sus competencias no solo por las instancias judiciales sino por todos los poderes, entre ellos la Administración Pública. Tal ampliación competencial si bien implica ab initio un incremento en cuanto a mecanismos de protección, presenta previsible observaciones y cautelas relacionadas con el principio de separación de poderes, el principio de legalidad, lo “peligroso” de otorgarle esta competencia a los órganos administrativos, etc. Al respecto, esta colaboración busca presentar diversas posturas relacionadas con el tema para lo cual se hará una breve referencia al control de convencionalidad, seguido de su ejercicio por funcionarios de la Administración, las observaciones y cautelas al ejercicio por este último y una breve conclusión.

Palabras clave: Control de convencionalidad. Administración Pública. Control difuso. Corpus iuris interamericano. Control de constitucionalidad.

Summary: One of the mechanisms for the protection of human rights with great growth in the Inter-American System is the control of conventionality in order to achieve the fulfillment and useful effect of the inter-American corpus iuris. In this way, two levels of guarantees are linked: one external and concentrated,

¹ Abogada, especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Constitucional, Doctoranda en Derecho y profesora de pregrado y postgrado, todo en la Universidad Católica Andrés Bello.

exercised by the Inter-American Court of Human Rights, and the other diffuse within the States Parties, exercised within the scope of its competences, not only by the courts but by all the powers, among them the public administration. Such extension of competence, although it implies ab initio an increase in protection mechanisms, presents foreseeable observations and cautions related to the principle of separation of powers, the principle of legality, the "dangerous" of granting this competence to administrative bodies, etc. In this regard, this collaboration seeks to present various positions related to the subject for which a brief reference will be made to conventionality control, followed by its exercise by officials of the administration, observations and caution to the exercise by the latter and a brief conclusion.

Key words: *Conventionality control. Public Administration. Diffuse control. Inter-American corpus iuris. Control of constitutionality.*

Recibido: 20 de marzo de 2019 Aceptado: 11 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. Control de convencionalidad
- II. Control de convencionalidad por la Administración Pública
- Conclusiones
- Referencias

I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La coexistencia de normas y órganos de variada índole en dos niveles con un objetivo común cual es la protección de derechos humanos ha planteado una realidad: un Estado de derecho constitucional y convencional en el que dependiendo de la naturaleza autónoma o heterónoma de protección convergen normas internas e internacionales (Constituciones, Tratados, Convenios, Pactos, etc.) así como órganos dentro del territorio de un Estado o fuera del mismo que en ejercicio de sus competencias aplicarán esas normas en función de una garantía reforzada de tales derechos.

En el caso del sistema regional interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) se ha ido configurando el denominado control de convencionalidad, producto en principio de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (CADH, 1969) aunque con posterioridad, del *corpus iuris* interamericano o bloque de convencionalidad, al comparar los ordenamientos internos y externos y otorgarle en sus decisiones supremacía a los instrumentos normativos internacionales, siendo que aunque el término con el que se designa ese mecanismo en el sistema regional proviene del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* del año 2003², la doctrina precisa que tal control

2 El término “control de convencionalidad” proveniente de una decisión del año 1975 del Consejo Constitucional Francés, es acuñado por la CIDH en esta sentencia del año 2003 mediante un voto concurrente, aun cuando

había sido llevado a cabo desde siempre por la CIDH pero además por los tribunales internos antes que jurisprudencialmente lo hubiera establecido la Corte Interamericana.³

Tal control con el tiempo ha derivado en un diálogo externo-interno debido a la posibilidad de que sea llevado a cabo además por órganos judiciales o no de los Estados Partes, ya que acorde al artículo 2 de la Convención estos tienen el deber, a fin de cumplir con sus compromisos internacionales, de adecuar su ordenamiento jurídico mediante medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en la CADH y otros instrumentos que conforman el *corpus iuris* del Sistema Interamericano de Dere-

sin asignarle tal denominación, se entiende que desde las primeras sentencias en las que se decide aplicar la normativa interamericana la Corte ejercía este control. Véase al respecto Víctor Bazán. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá 2014 en http://www.kas.de/wf/doc/kas_17183-1442-4-30.pdf?151020194957. Igualmente, Gerardo Eto. “La inconvencionalidad por omisión: una aproximación conceptual”. En *Libro de Ponencias V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional Arequipa 2014, octubre 30-noviembre 01 2014*, Adrus D & L Editores S.A.C, Lima en file:///C:/Users/Maria/Desktop/v_congre_naci_dere_proc_consti.pdf y Juan Carlos Hitters. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En *Estudios constitucionales*, 2, vol.7, 2009, Santiago de Chile, 109-128 en Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

- 3 Allan Brewer-Carías. Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. *Colección Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, obra facilitada en digital por el autor. Véase en Venezuela caso: La Rondalera en el que ante la inexistencia de normas infraconstitucionales que desarrollaran el amparo constitucional previsto en el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1961 y la negativa judicial de tramitarlo por considerar dicha norma programática, un tribunal de instancia en el año 1983 decretó un amparo en materia educativa fundamentándose en la entrada en vigencia en el país de la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que en esta materia debían ser aplicados ante el silencio normativo de las instancias internas, dejando sin efecto el carácter programático de la norma constitucional.

chos Humanos, garantizar con ello la efectividad de los instrumentos de protección de derechos y de las decisiones de la CIDH como su último intérprete en el ámbito interamericano.

En virtud de ello los órganos de cada Estado se convierten “...en activos valedores de los derechos convencionales”⁴ que en tal condición deben llevar a cabo su propio control al igual que sucede con la Corte Interamericana a fin de evitar contradicciones o para resolver antinomias entre regulaciones nacionales e internacionales y así favorecer al ser humano, con lo cual se configura una etapa de mejor protección “...acreditando la idea... de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”⁵.

A decir de Sagüés (2018) el control de convencionalidad es la página introductoria de la doctrina referida a la constitución convencionalizada, es decir “...la constitución nacional conformada con aquel aparato normativo y conceptual proveniente del derecho internacional de los derechos humanos”⁶, que conlleva un control destructivo ya que las autoridades internas no deben aplicar la normativa nacional de cualquier jerarquía antinómica tanto al *corpus iuris* interamericano como a las interpretaciones de la CIDH y un control constructivo por el cual los operadores de cada Estado deben adaptar o interpretar el ordenamiento interno de conformidad con los pactos, tratados, convenios y la doctrina de la Corte Interamericana.

4 Raúl Canosa. *El control de convencionalidad*, Aranzadi, S.A, Navarra 2015, p. 21.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2006 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Véase el voto razonado del juez Sergio García.

6 Néstor Sagüés. *La constitución convencionalizada*. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad. *Derecho al Día* (ed.314), 2018, año XVII, (párr.5) en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-constitucion-convencionalizada/+7348>

Algunos elementos que deben tomarse en consideración en relación al control de convencionalidad y que han derivado de las decisiones, votos concurrentes y votos razonados de la CIDH son los siguientes⁷:

- a. No puede alegarse la soberanía como pretexto para no ejecutar decisiones supranacionales. La CIDH al analizar la convencionalidad de los actos u omisiones que conoce en relación a normas, valores y principios en los que funda su competencia actúa conforme al orden internacional acogido por la CADH creadora de la jurisdicción interamericana y aceptada en ejercicio de su soberanía por los Estados Partes.
- b. Los jueces internos –y demás autoridades– están sometidos al principio de legalidad, pero también lo están de los tratados internacionales que suscribe su

7 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, julio 29, 1987 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf; caso: La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) febrero 5, 2001 en file:///C:/Users/usuario/Downloads/Caso%20Ultima%20Tentacion%20de%20Cristo.pdf; caso Castañeda Gutman vs. México (2008); caso Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), noviembre 16, 2009 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Asimismo véase caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (1997); caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999); caso *Tibi vs. Ecuador* (2004); caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006); caso *Vargas Areco vs. Paraguay* (2006); caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006); caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006); caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (2006); caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela* (2008); caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009); caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), entre otros, referidos algunos por Bazán, Eto y Hitters, todos citados, así como Domingo García Belaúnde. “El control de convencionalidad y sus problemas”. En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, 2015 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428> y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. “Inconstitucionalidad por omisión. Implicaciones contemporáneas a la luz del caso *Marbury vs. Madison*”. En *Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, 46, 2011, pp. 81-109. México. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional de la UNAM, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/25.pdf>

Estado. Por tanto, deben cumplir, entre otras, la CADH debiendo velar porque sus efectos no aminoren por la aplicación de leyes que contraríen su objeto y fin. De allí que los jueces internos deben ejercer un control de convencionalidad aplicando a los casos concretos la Convención Americana y las interpretaciones que haga de ella la CIDH como último intérprete de ese instrumento.

- c. Las normas conforme a las cuales se ejerce el control de convencionalidad están constituidas por lo que se ha denominado el *corpus iuris* de los derechos humanos –bloque de convencionalidad–, configurado por la Convención Americana, demás Tratados en esta materia, las interpretaciones de la Corte Interamericana, el *ius cogens* delineado en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1960), es decir los valores y principios aceptados universalmente y que por ello son derechos y obligaciones oponibles erga omnes a todo Estado por el hecho de pertenecer a una comunidad civilizada aun cuando no exista un vínculo de carácter convencional⁸. De esta forma las autoridades internas además de ajustarse como es evidente a su ordenamiento también deben hacerlo a los mencionados instrumentos normativos, principios y valores internacionales⁹.

8 V. Bazán. (2014). *Ob. cit.*

9 D. García Belaúnde. (2015), *ob. cit.*, considera que este *corpus iuris* o bloque de convencionalidad es extenso, variopinto, casi infinito porque abarca la CADH, las demás convenciones americanas e internacionales en esta materia, las sentencias de la CIDH, las opiniones de la Comisión Interamericana, debiendo según su criterio limitarse a un bloque pequeño, permanente, sólido y proponiendo por razones de practicidad que este *corpus iuris* se centre en “...el sistema interamericano con sus instrumentos –no más de seis o siete realmente importantes– y por cierto los Pactos Internacionales de 1966 aprobados por las Naciones Unidas. Con esto tendremos más que suficiente...” (p. 144).

- d. En consecuencia, los Estados deben ajustar el derecho interno al *corpus iuris* interamericano. El ejercicio ilegal del poder público o más allá de las competencias por las autoridades del Estado también lo compromete en su deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones. Además, en aquellos casos en los que inicialmente el Estado no es responsable por tratarse por ejemplo de la obra de particulares o no estar identificado el autor de la transgresión, puede generar responsabilidad no por el hecho en sí, sino por no haber actuado con la diligencia debida a fin de prevenir la violación o tratarla en los términos que requiere la Convención. Es irrelevante la intención o motivación del agente ya que inclusive si el mismo no está individualmente identificado se puede generar responsabilidad porque lo que importa es si la transgresión se ha dado con el apoyo o la tolerancia del Estado quien o no la ha prevenido o favorece la impunidad, puesto que la inobservancia consiste a tenor del artículo 1.1 de la CADH en incumplir sus deberes de respetar y garantizar los derechos.
- e. El Estado en relación a la violación de los derechos humanos debe prevenirlas razonablemente, es decir, puede generarse una transgresión pero prevenir es una obligación de medio o de comportamiento por lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas de carácter administrativo, jurídico, político y cultural que promuevan el resguardo de los derechos humanos y aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas como ilícito, además deben investigar seriamente con los medios a su alcance, las transgresiones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción para identificar responsables, imponerles sanciones pertinentes y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

- f. Eventualmente ante las instancias interamericanas puede discutirse la cosa juzgada de una decisión interna cuando afecta los derechos humanos protegidos en la Convención y hay causales de cuestionamiento de la cosa juzgada.
- g. A fin de garantizar el derecho de gentes (*ius cogens*) y la CADH, el Estado Parte debe suprimir normas y prácticas que violen la Convención lo que implicaría revisar en algunos casos disposiciones de la propia Constitución. Por regla la CIDH no modifica de manera directa el ordenamiento interno, es decir no invalida ni anula, sino que controla si se acatan las convenciones internacionales y advierte al Estado para que no incurra en responsabilidad internacional. Se señala que el Estado deberá adoptar medidas para la adecuación del ordenamiento interno, inclusive de la Constitución, a la Convención Americana ya sea mediante la supresión de normas y prácticas que violen las garantías convencionales, desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio o mediante la expedición de normas y desarrollo de prácticas que conduzcan a la observancia efectiva de las garantías¹⁰.
- h. No pueden alegarse disposiciones u omisiones del derecho interno para el incumplimiento del *corpus iuris*. Los Estados están obligados a cumplirlo por el principio del *pacta sunt servanda*.
- i. No puede alegarse *prima facie* como argumento que justifique la irresponsabilidad del Estado, que el funcionario u órgano actuaron fuera de su competencia o en contra del ordenamiento interno ya que es un principio de Derecho Internacional que el Estado debe

10 Brewer-Carías. (2017). *Ob. cit.*

responder por las acciones u omisiones de sus agentes actuando oficialmente o violando su competencia o el derecho interno.

- j. La CIDH tiene el control de convencionalidad derivado de confrontar los hechos realizados y las normas de la Convención, esto es elementos de facto y de iure, pudiendo cotejar solo hechos internos, es decir, leyes, actos administrativos, sentencias, etc. con las normas de la CADH y demás fuentes a fin de determinar en caso de incongruencia la responsabilidad del Estado.
- k. Respecto a las leyes internas podría analizarse su convencionalidad en abstracto sin que sea exigible que las mismas se hayan aplicado a un caso concreto.
- l. El control por omisión inconventional del Estado se deriva de la inacción ya sea del legislador (constituyente o secundario), de la administración o de órganos jurisdiccionales por violación de la normativa interamericana.
- m. Los tribunales internos –y otros órganos- deben ejercer el control de convencionalidad *ex officio* y difuso en el marco de sus competencias y de las correspondientes regulaciones procesales a fin de lograr que el “efecto útil” de la Convención no se vea mermado por la aplicación de la normativa doméstica.

Por otra parte, se trata de un control de oficio que se produce en procedimientos iniciados a instancia de parte y no generan la supresión del principio dispositivo, pero dentro de los cuales el juez debe efectuar, aunque las partes no lo hayan solicitado, un test de convencionalidad de la ley, acto, omisión que sea sometido a control. Se indica que en especial en aquellos casos en los que la Convención tiene jerarquía constitucional o forma parte del bloque de constitucionalidad los jueces en el

marco de sus competencias desaplicarán o anularán normas contrarias a la Convención, empero la doctrina plantea que la discusión futura será si el control de convencionalidad podrá ejercerse de oficio “...cuando en los procesos por violación de derechos de la Convención Americana de los cuales esté conociendo, evidencie *motu proprio* la existencia de violaciones respecto de otros derechos de la Convención aun cuando no hayan sido denunciadas por la víctima, y que resulten de las actas del expediente”¹¹.

A su vez, acorde a la doctrina el control de convencionalidad se puede clasificar como¹²:

- a. Control de convencionalidad vertical: surge de manera heterónoma, en virtud de la aplicación de normativas internacionales, ejercido por la jurisdicción supranacional y con fundamento en la interpretación supranacional. Es el caso de la CIDH que actúa como una suerte de Tribunal Constitucional Internacional y lleva a cabo un control concentrado con efectos erga omnes. En consecuencia, dicta sentencias de convencionalidad vinculantes a toda la región, generando cosa juzgada convencional que sirve de marco interpretativo para ulteriores decisiones en el derecho interno¹³.
- b. Control de convencionalidad horizontal: ejercido por las autoridades domésticas de cada país, para lo cual no aplica el ordenamiento interno sino el supranacional. Se trata de un control difuso con efectos exclusivamente dentro del Estado en el que la autoridad de conformidad con el derecho externo, declara inconvencional una norma, acto, disposición o hecho, desaplicando o dejando sin efecto en el caso especí-

11 *Ibid.* p. 1141.

12 G. Eto. (2014). *Ob. cit.*

13 Ferrer Mac-Gregor como se lee en G. Eto. *Ibidem.*

fico la actuación u omisión contraria al *corpus iuris*. Implica según Eto (2014)¹⁴ la existencia de un juez Hércules que de ser el caso no solo desaplique normas inconventionales sino también desaplique decisiones de los tribunales constitucionales o su equivalente que resulten inconventionales.

- c. Control de convencionalidad por acción o comisión: Se ejerce cuando la autoridad interna dicta o realiza una actividad contraria al *corpus iuris* interamericano.
- d. Control de convencionalidad por omisión: Se ejerce cuando la autoridad interna no actúa o su actividad es deficiente o defectuosa y tal inacción viola de forma relevante el *corpus iuris* interamericano, generándose una preterición inconventional.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es dentro del desarrollo de este control que la Corte Interamericana ha establecido su competencia para ejercer el control concentrado de convencionalidad y por otra parte, la competencia interna para ejercer el control difuso, lo que no solo debe ser ejecutado por los tribunales sino por los demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles¹⁵, lo que ha sido entendido como vinculante a todos los poderes del Estado, entre ellos la Administración Pública, para llevar a cabo ese control dentro del marco de sus competencias y las regulaciones procesales correspondientes y que acorde a la clasificación supra referida se trata de un control horizontal que puede activarse ya sea por acción o por omisión.

14 *Ibid.*

15 Vid. caso: *Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, febrero 24, 2011 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

El tema se vincula con el principio de legalidad y el de separación de poderes, por lo que autores como Sagüés (2015)¹⁶ se preguntan si las autoridades administrativas pueden ejercer el control difuso de convencionalidad inaplicando normas contrarias al *corpus iuris* interamericano, aunque no tengan la competencia para ejercer el control interno de constitucionalidad puesto que la desapplicación de la Constitución está reservada a las autoridades judiciales.

En México por señalar un caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que las autoridades administrativas deben interpretar las disposiciones de manera más favorable a la persona, pero no pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad para lo cual se requiere un pronunciamiento previo de fondo sobre el asunto¹⁷, postura que resulta contradictoria tanto con la jurisprudencia de la CIDH como con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuyo artículo 1 establece que toda autoridad en el ámbito de sus competencias debe promover, proteger, garantizar y respetar los derechos humanos¹⁸.

De igual manera en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2001, se pronunció en relación a que el control difuso de constitucionalidad compete

16 N. Sagüés. "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e.V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149. en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

17 Véase Caleb Rodríguez. "La aplicación del control de convencionalidad por las autoridades administrativas". Artículo de opinión, febrero, 2017 en http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r23_trabajo-7.pdf consultado en fecha 16 de marzo de 2019.

18 Marcos del Rosario. "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad" en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, julio-diciembre 2015, pp. 157-191 en https://www.researchgate.net/publication/298802363_La_aplicacion_por_parte_de_las_autoridades_administrativas_del_control_difuso_de_constitucionalidad_y_convencionalidad

exclusivamente a los jueces, incluso los de la jurisdicción alternativa, no pudiendo ejecutarla otros poderes ni siquiera cuando llevan a cabo actividades en materia cuasi jurisdiccional¹⁹. Se trae a colación el caso venezolano porque independientemente de la denuncia tanto de la CADH como de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la primera en 2012 y la segunda en 2017, debería ser factible ejercer a lo interno el control de convencionalidad con fundamento en los principios de progresividad e inherencia de los derechos humanos (artículos 19 y 27 de la Constitución)²⁰, al detectar cualquier disposición interna contraria a instrumentos internacionales en esta materia que han sido denunciados o que son inherentes a la persona pero cuyo tratamiento es más beneficioso al contemplado en las disposiciones jurídicas nacionales.

Según se lee de García Belaúnde (2015), aunque lo ideal sea que todas las autoridades protejan los derechos humanos a través de un control de convencionalidad, en un procedimiento administrativo concederle estos poderes jurisdiccionales a la Administración, además de que generalmente las Constituciones no se los otorga “...es peligroso y nada recomendable...”²¹. La Administración autoriza -aprueba-otorga o no lo solicitado, pero es al órgano jurisdiccional a quien compete confirmar o anular esa decisión. Continúa el autor al señalar que si bien es cierto en la sentencia *Gelman vs. Uruguay* del 2011 la Corte Interamericana indica que la Administración llevará a cabo este control dentro de sus competencias “...no debemos olvi-

19 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, caso: *Acción de amparo constitucional interpuesta por el Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*, expediente no. 00-2196, sentencia no. 833, mayo 25, 2001 en <http://vlexvenezuela.com/vid/instituto-autonomo-municipal-chacao-283485231>

20 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* 36.860, diciembre 30, 1999. Reimpresa con correcciones en la *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Enmendada el año 2009 *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.908 (Extraordinario), febrero 2, 2009.

21 D. García Belaúnde. *Ob. cit.* p. 145.

dar que las competencias de la Administración no siempre son claras”.²²

En este orden de ideas, pero en relación a la actividad jurisdiccional, el tema ha sido tratado respecto a si los jueces internos aun no teniendo el control difuso de constitucionalidad expresamente establecido, pueden ejercer el control de convencionalidad, posturas que pueden traspolarse para determinar si las autoridades administrativas pueden ejercer este último.

Es así que con base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el profesor Brewer-Carías (2017) considera que el ejercicio del control difuso de convencionalidad es una competencia de los jueces que deriva directamente de la CADH y no depende de la competencia contemplada en el ordenamiento jurídico interno para ejercer el control difuso de constitucionalidad puesto que son diferentes ambos mecanismos y su parámetro de control también es distinto (Constitución en un caso e instrumentos internacionales en el otro), por lo que no tiene sentido hacerlos depender entre sí para que funcionen.²³ Adicionalmente señala siguiendo a Jinesta que se ha producido una suerte de reforma tácita de las legislaciones nacionales en materia de acciones de constitucionalidad por las que los tribunales de oficio deben efectuar el test de convencionalidad de la disposición, norma o acto interno o local aun cuando no haya sido solicitado por la parte interesada²⁴. A su vez autores como Bolaños (2016) se preguntan si el control de convencionalidad es una alternativa a la prohibición del control difuso a

22 *Ibid.* p. 145.

23 A. Brewer-Carías. (2017). *Ibid.*

24 *Ibidem*. Véase en especial la mención del profesor Brewer-Carías a la opinión del magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica, quien considera que a partir de la sentencia de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú de 2006 dictada por la CIDH, la competencia de oficio en materia de convencionalidad generó la conversión del sistema de dispositivo a parcialmente inquisitivo en el que los tribunales a fin de evitar la responsabilidad del Estado por omisión, deben llevar a cabo dicho control dentro del marco de sus competencias y regulaciones procesales internas.

las autoridades administrativas proponiendo que en Perú ante el precedente vinculante del Tribunal Constitucional de negar el control difuso de constitucionalidad en sede administrativa, estas autoridades se encuentran habilitadas para ejercer el control difuso de convencionalidad –con límites, sin señalar cuáles en específico- en virtud de la jurisprudencia de la CIDH y porque no hacerlo implicaría eventualmente responsabilidad internacional del Estado²⁵.

A diferencia de lo anterior, Ferrer Mac-Gregor²⁶, plantea que en este punto se vinculan el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad ya que cuando la jurisprudencia interamericana alude a que se ejercerá este control de oficio, dentro del marco de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes, implica que si bien los jueces ejercen la convencionalidad aunque carezcan de la competencia para llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad, a todo evento lo ejercerán en “menor intensidad” es decir, operará una graduación del control por el que el juez solo se limitará a realizar “interpretaciones conformes” a la Convención sin poder desaplicar las normas inconvencionales. El problema tanto judicial como para el resto de las autoridades se presenta si es imposible toda interpretación conforme en cuyo caso, si el juez o la Administración de ser el caso, no puede desaplicar por carecer de esta competencia, entonces se limitará a señalar la inconvencionalidad detectada o si el ordenamiento interno se lo permite deberán plantear su duda ante órganos judiciales revisores que tengan la competencia de control difuso y que en definitiva puedan desaplicar²⁷.

25 Elard Bolaños. “¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa?”. *Administración Pública & Control*, 27, marzo 2016, pp. 66-72 en https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibici%C3%B3n_del_control_difuso_en_sede_administrativa

26 Según refiere Brewer-Carías (2017). *Ob. cit.*

27 Conclusión que se toma con base a planteamientos de Néstor Sagüés. “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. *Anuario de Derecho*

Al respecto es importante precisar que la Administración Pública en sentido funcional abarca todas aquellas actuaciones de índole administrativa que ejecutan cualesquiera de los poderes públicos y desde el punto de vista orgánico se identifica la Administración Pública exclusivamente con el Poder Ejecutivo que, aunque dicta actos administrativos su función no se agota en este tipo de actos.

Cualquiera que sea el sentido de Administración (funcional u orgánico) tiene la competencia de aplicar normas, pero también de crearlas (reglamentos y actos administrativos con contenido normativo) y si se hace referencia dentro de la Administración específicamente al Poder Ejecutivo, no solo dicta normas de rango sublegal como los reglamentos o los actos administrativos mencionados, sino también disposiciones de rango legal como los decretos con rango, valor y fuerza de ley.

Sagüés (2015) de forma general respecto al control de convencionalidad y de manera particular cuando se refiere a este control ejercido por el Poder Ejecutivo y los entes u órganos administrativos, plantea que es necesario diferenciar entre el rol represivo y el rol constructivo del control de convencionalidad²⁸. El primero es el clásico control por el cual ante la antinomia que se presentare entre las reglas internas (inclusive las constitucionales) con las interamericanas y la jurisprudencia de la CIDH (esto debe entenderse como el bloque de convencionalidad), los jueces domésticos debían desaplicar las reglas de derecho interno asegurando así la primacía de las regulaciones internacionales. Este mecanismo luego se extendió a otras autoridades y se convirtió en un deber de oficio tanto de los jueces como del resto de los órganos del Estado. El segundo es un rol positivo en el sentido que no busca la inaplicación de la regla local contraria al ordenamiento y jurisprudencia intera-

Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149 en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

28 *Ob. cit.*

americanos sino lograr la interpretación conforme de las reglas locales de cualquier jerarquía y adecuarlas a los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la CIDH.

Esto último según el autor conduce a la práctica de varias operaciones, a saber:

... (i) de selección de interpretaciones, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de construcción de interpretaciones, mediante interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición (cuando se agrega algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), mutativas por sustracción (al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o mutativas mixtas, por sustracción-adición (también son llamadas “sustitutivas”), donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados. El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), manipulativas o modulativas (asimismo, “interpretativas”)²⁹.

Al centrarnos en la actividad que lleva a cabo el Poder Ejecutivo y demás entes u órganos administrativos, cuando crean normas, considera el autor que rigen las pautas del control legisferante de convencionalidad tanto en su rol constructivo como el represivo, debiendo dictarlas de conformidad con el bloque de convencionalidad y dejarlas sin efecto si son contrarias al mismo.

²⁹ Ob. cit. pp.143 y 144.

Ahora bien, cuando se trata de la aplicación de normas por parte de aquellos, debe tomarse en cuenta que este control debe ejercerse de oficio y con respeto al principio del debido proceso, de forma tal que en cuanto al control constructivo las autoridades administrativas podrán llevar a cabo un control difuso, para lo cual deberán escoger entre las posibles interpretaciones aquella que sea conforme con el bloque de convencionalidad o de ser necesario construir interpretaciones que logren encuadrar las reglas internas con las externas a través de la adición, de la sustracción o de ambas funciones³⁰.

En caso de fracasar este mecanismo que es el primero a ser utilizado y siguiendo en parte a Sagüés (2015), entonces debiera la Administración desaplicar aquella regulación contraria al *corpus iuris*. Sin embargo, la situación no es sencilla. Si los órganos administrativos tienen la competencia interna para llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad no presentaría inconvenientes para ejecutar el control de convencionalidad, aunque puede presentarse la situación de que una autoridad al dictar un acto administrativo, desaplique por inconvencional una disposición dictada por su superior jerarca quien a su vez sería la autoridad con competencia para revisar en alzada ese acto, para lo cual debieran funcionar mecanismos a lo interno del órgano o ente a fin de evitar esta situación, procediéndose a derogar o modificar la normativa violatoria o a todo evento inhibiéndose el superior jerarca del conocimiento de la situación que podría llegarle a su conocimiento vía recurso.

De no contar con dicha competencia, entonces se genera por una parte la imposibilidad de desaplicar sin violar con ello el principio de legalidad y de separación de poderes, a menos que se considere que no existe tal violación ya que no hay dependencia entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad tal y como indica el profesor Brewer-Carías (2017). Esto traería consigo que un funciona-

30 *Ibid.*

rio administrativo cualquiera que fuera su jerarquía podría carecer de competencia para el control de constitucionalidad, pero tenerla para el de convencionalidad con lo cual podría incluso desaplicar la Constitución a fin de hacer prevalecer el instrumento internacional si fuere conculcado.

Reiterando lo señalado por García Belúnde (2015) esto es peligroso y además nada recomendable, entre otras razones por la cierta discrecionalidad propia de algunas competencias administrativas, razón por la cual, tiene sentido lo que parte de la doctrina indica, esto es, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe perfilar los elementos de control de convencionalidad cuando va a ser ejercido por autoridades distintas a los jueces, y a nivel interno, en aquellos países en los que existe plena vigencia de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, se debe adecuar la normativa interna para hacer factible dicho control, deseable aunque no exento de inconvenientes, con el objetivo de hacer más fácil el logro del efecto útil de tales instrumentos ya que como indica Sagüés (2015), interesa que la Administración cuente con mecanismos para resolver la violación del *corpus iuris* interamericano porque lo que no debe admitirse

...es que el Poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley³¹.

CONCLUSIONES

- El control de convencionalidad como mecanismo para lograr el efecto útil del *corpus iuris* interamericano, amplísimo catálogo de regulaciones que integran el

31 Ob. cit. p. 148.

bloque de convencionalidad, ha incorporado a las autoridades locales al ejercicio de este control, con lo cual se ha procedido tácitamente a la modificación y expansión interna de las competencias.

- La Administración Pública puede llevar a cabo el control de convencionalidad constructivo y represivo si el ordenamiento establece su competencia para ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, ambos controles no dependen el uno del otro como lo expone el profesor Brewer-Carías lo que por analogía implica que la ampliación competencial de la Administración Pública no provendría del ordenamiento jurídico interno sino de las decisiones de la CIDH.
- Ante las dudas parte de la doctrina considera que la Administración siempre puede ejercer un rol constructivo (interpretación conforme) pero para llevar a cabo la función represiva en caso de ser imposible la aludida interpretación sería necesario modificar el ordenamiento interno a fin de cumplir con las regulaciones interamericanas.
- Por tanto los Estados deben procurar la eficacia del sistema jurídico, el efecto útil de los instrumentos internacionales y en consecuencia solventar los obstáculos existentes para el pleno y eficiente ejercicio de los derechos humanos, los que se verían afectados si la Administración Pública se ve obligada a tomar decisiones violatorias del bloque de convencionalidad por imposibilidad de desaplicar o por no contar con mecanismos céleres para resolver las incompatibilidades entre el ordenamiento local y el interamericano.
- De esta forma si a lo interno no se establecen las herramientas para el control por la Administración ya sea de forma directa o indirecta, se genera responsabilidad

para el Estado derivada de una omisión o preterición inconvencional.

REFERENCIAS

- Bazán, V. (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Bogotá en http://www.kas.de/wf/doc/kas_17183-1442-4-30.pdf?151020194957
- Bolaños, E. (2016). ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Administración Pública & Control*, 27, marzo 2016, pp. 66-72 en https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibici%C3%B3n_del_control_difuso_en_sede_administrativa
- Brewer-Carías, A. (2017). Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. *Colección Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, obra facilitada en digital por el autor
- Canosa, R. (2015). *El control de convencionalidad*, Aranzadi, S.A, Navarra.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* 36.860, diciembre 30, 1999. Reimpresa con correcciones en la *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000. Enmendada el año 2009 *Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela*, 5.908 (Extraordinario), febrero 2, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Caso: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, julio 29, 1987 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Caso: La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)* febrero 5, 2001 en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Caso%20Ultima%20Tentacion%20de%20Cristo.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)* en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, noviembre 16, 2009 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, febrero 24, 2011 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Del Rosario, M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, julio-diciembre 2015, pp. 157-191 en https://www.researchgate.net/publication/298802363_La_aplicacion_por_parte_de_las_autoridades_administrativas_del_control_difuso_de_constitucionalidad_y_convencionalidad
- Eto, G. (2014). La inconventionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En *Libro de Ponencias V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional Arequipa 2014*, 129-152, octubre 30-noviembre 01 2014, Lima: Adrus D & L Editores S.A.C. en file:///C:/Users/Maria/Desktop/v_congre_naci_dere_proc_consti.pdf

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). "Inconstitucionalidad por omisión. Implicaciones contemporáneas a la luz del caso *Marbury vs. Madison*". En *Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, 46, 2011, pp. 81-109. México. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional de la UNAM, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/25.pdf>

García Belaúnde, D. (2015). "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, / ISSN 1027-6769 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En *Estudios constitucionales*, 2, vol.7, pp. 109-128. Santiago de Chile en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

Rodríguez, C. (2017). *La aplicación del control de convencionalidad por las autoridades administrativas*. Artículo de opinión en http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r23_trabajo-7.pdf

Sagüés, N. (2015). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149. en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

Sagüés, N. (2018). *La constitución convencionalizada*. Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la Facultad. *Derecho al Día* (ed.314), año XVII, en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/la-constitucion-convencionalizada/+7348>

Tribunal Supremo de Justicia. (2001). Sala Constitucional, caso: *Acción de amparo constitucional interpuesta por el Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000 por la Corte Primera de lo Contencioso*

Administrativo, expediente no. 00-2196, sentencia no. 833,
mayo 25, 2001 en [http://vlexvenezuela.com/vid/instituto-
autonomo-municipal-chacao-283485231](http://vlexvenezuela.com/vid/instituto-autonomo-municipal-chacao-283485231)

LAS FORMAS EN EL DERECHO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. UNA REVISIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

Jonás Aponte¹

Resumen: En el presente ensayo se analiza la diatriba que ha surgido en la jurisdicción contencioso-administrativa entre forma y materia o, lo que es lo mismo, entre justicia material o justicia formal, que ha producido una alteración sustancial del concepto de acto administrativo. Para tales fines, se incorporará la teoría de Santo Tomás de Aquino en relación al concepto de forma y materia y esencia.

Palabras Clave: *Forma. Materia. Acto administrativo.*

Summary: In this essay is analyzed the diatribe that has arisen in the contentious-administrative jurisdiction between form and matter or, what is the same, between material justice or formal justice, which has produced a substantial alteration of the concept of administrative act. For such purposes, the theory of St. Thomas Aquino will be incorporated in relation to the concept of form and matter and essence.

Key words: *Form. Matter. Administrative act.*

Recibido: 14 de febrero de 2019 Aceptado: 16 de septiembre de 2019

1 Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Licenciado en Ciencias Fiscales Mención Rentas de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHPIUT). Especialista en Derecho Tributario. Profesor de la cátedra Armonización Tributaria en la ENAHPIUT. Director del portal web: www.vitrinallegal.com.ve.

SUMARIO

- I. Planteamiento del problema
- II. Problemas de las formas en el derecho venezolano
- III. Noción de formalismo jurídico
- IV. Formalismo latinoamericano
- V. La génesis de la sentencia ¿formalismo judicial?
- VI. Noción de acto administrativo
- VII. El acto administrativo y la diatriba entre forma y materia
- VIII. La potestad inspectora y las providencias administrativas en blanco
- IX. La notificación defectuosa por criterios de justicia material
- X. Santo Tomás de Aquino y las formas

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho como disciplina o como ciencia, independientemente de la posición que asumamos, tiene por objeto regular la vida del hombre en sociedad. El aforismo latino *ubi societas ibi ius* es la mejor locución de la relación consustancial entre el derecho y sociedad, en la que se imponen normas jurídicas a los fines de disciplinar conductas y comportamientos en aras de mejorar la convivencia de los entes y agentes que interactúan entre sí.

Hacer referencia a la expresión derecho introduce de plano un problema, precisamente porque derecho no significa exclusivamente regular, contralar o disciplinar, que digamos son éstas las jambas o corazón de todo su andamiaje conceptual, sino, su evocación puede traer consigo múltiples definiciones, *verbi gratia*, derecho objetivo: normas; derecho adjetivo: procedimiento; derecho subjetivo: facultad que tiene una de las partes en una relación jurídica de exigir de la otra el cumplimiento de determinada obligación o bien que deba ajustar su conducta a ciertos parámetros; y derecho positivo: derecho escrito, entre otras.

No obstante, las distintas formas que adopta la palabra derecho, siempre estará estrictamente vinculado con la sana convivencia y con sus fines que le son inexpugnables, como lo son: la paz, el bien común, la seguridad jurídica y el respeto y protección de los derechos fundamentales².

Aunado a lo anterior, las regulaciones del derecho adquieren diferentes matices dependiendo del área frente a la cual nos encontremos, vale decir, penal, administrativa, constitucional, mercantil, urbanística, laboral, ambiental; inclusive, se irá ramificando en la medida que los problemas de la sociedad se multipliquen, bien sea por la necesidad de regular situaciones que se reproducen por los avances sociales o por los efectos que la globalización paulatinamente va produciendo. Hoy día hablamos de derechos de cuarto nivel, de tributos verdes, del derecho del espacio, de regulación a los drones, de contratos inteligentes soportados en la tecnología *blockchain*, etc. Es así como las diferentes regulaciones que orbitan alrededor del derecho comprometen su forma, adoptando diferentes sesgos en función de su regulación.

No obstante, ello, al ser el derecho una creación del hombre es probable que su forma resulte invadida por consideraciones personales, ser “espejo” de las pasiones, creencias, impulsos y, en muchos casos, ser un receptáculo de los deseos de su creador, de ordinario del legislador y de ciertos factores de presión. Inclusive, la humanidad vio ejemplos de cómo el derecho no podía ser cuestionado; para ello, bastaría recordar la imagen teocrática del derecho de la Alta Edad Media, la cual concebía a “Dios y derecho” como “dos ideas indisolublemente vinculadas” que se trasladó a la baja edad media e incluso a parte del Absolutismo y “cuya base radicaba en sostener que el poder

2 Ángel Latorre, *Introducción al Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 33-34.

de los monarcas derivaba de Dios, razón por la cual toda resistencia al Rey era considerada como una rebelión contra éste”³.

Ahora bien, la necesidad por regular y controlar la vida del hombre en sociedad da pie a otro fenómeno ingénito a la condición humana: el deseo de escapar a tales regulaciones y entender, cuestionablemente, que el derecho antes de ser un mecanismo para disciplinar la vida en sociedad, es un lastre que perjudica la adopción de ciertas medidas y acciones, de ordinario de contenido político, o de frenar el derecho de ciertos individuos. Para Hobbes la libertad guarda consonancia con eso a lo que comúnmente se le conoce como derecho natural o *jus naturale*, en el sentido que ésta: “*es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y, por consiguiente, de hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin*”⁴.

Pero ocurre que el soberano manifiesta una voluntad a través de leyes y los súbditos están obligados a respetarla, pese a no depender de sus deseos y, peor aún, ir en contra de sus pasiones naturales. Y si bien querrá escapar a lo establecido en la Ley tendrá que obedecerla a riesgo de ser objeto de una eventual sanción. Hobbes también da cuenta de una diferencia entre derecho y la ley, en el sentido que: “el derecho consiste en

3 José Peña Solis, *Manual de Derecho Administrativo adaptado a la Constitución de 1999*, Volumen Primero, Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 1999, p. 83-89.

4 Thomas Hobbes, *Del ciudadano y Leviatán*, traducción: Enrique Tierno G. y M. Sánchez S., Tecnos, Madrid, 2010, p.128. Si bien el concepto al que hace referencia Hobbes es el *estado de naturaleza* o estado de guerra en el cual el hombre depende sólo de sí para conservar su supervivencia, el mismo es útil para esbozar el germen primigenio de libertad que permite al ciudadano, incluso, la cesión de ciertos derechos en ese Estado para garantizar su protección. Claro está, Hobbes denomina a esa situación de naturaleza como miserable en virtud que las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar “donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra la fuerza y el fraude son las dos principales virtudes”. (p. 127).

la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren entre sí en la misma medida en que difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia”⁵.

Ahora bien, merece la pena señalar que el derecho es ante todo forma, sin importar las diferentes áreas y materias que regule, por lo tanto, es posible que las limitaciones que sufre la libertad comporten para algunas personas, empresas e, incluso, detentadores de un poder político, la necesidad de soslayarlas. Muchas de esas formas son desquebrajadas para obtener una finalidad distinta a la que consagra la Ley. En ocasiones, la propia norma ofrece antídotos frente a la pétrea o granítica redacción de su enunciado, con el fin de evitar la conjugación de injusticias en supuestos en los que la realización de determinada acción, subsumible en un determinado supuesto de hecho, produzca irrestrictamente una consecuencia jurídica que no se compadezca con la realidad.

Si graficamos lo anterior diremos que: si una persona de manera intencional da muerte a otra, la conclusión obvia es que su conducta se encuadre dentro del tipo penal de homicidio intencional y al victimario le resulte aplicable la sanción correspondiente; sin embargo, si la muerte se produjo en razón de un estado de necesidad o de legítima defensa, el homicidio pese a haberse cometido, no será punible en razón de una causa eximente de responsabilidad. Este ejemplo da cuenta de cómo la Ley dispone de sus antídotos maleando sus formas en aras de criterios de justicia.

Referirnos al control difuso que detentan todos los tribunales del país es otro claro ejemplo en el que el juzgador desaplica una norma para un caso en concreto, y con ello su forma, por contrariar ésta alguna garantía o norma constitu-

5 *Ibídem*, p. 128.

cional, conduciendo así a una depuración o acrisolamiento del sistema jurídico. La Ley de Colisión, como la ha denominado Alexy, bien utilizada, es un antídoto del juzgador para establecer en función de dos principios dentro del ordenamiento jurídico, cual, de aquellos, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en concreto⁶.

Como habremos dicho, en ocasiones se procura quebrantar las formas del derecho para cumplir con determinados fines. Para ello se suelen emplear criterios maniqueos con el objetivo, no diremos único, de enfrentar forma y materia, forma y justicia o forma y realidad, como si se trataran de nociones totalmente dicotómicas encontradas en las antípodas de algún tipo de racionalidad: *la jurídica*.

Es aquí donde entran las sabias enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, quien en su obra *ente y esencia*⁷, además de explicitar las nociones que intitulan su trabajo, hizo un interesante análisis de las formas, la materia y la realidad. Las ideas de Santo Tomás para fines metodológicos aquí propuestos, serán empleadas como báculo para analizar la necesidad de no escindir las nociones de forma y materia, en lo que concierne al campo del derecho administrativo y tributario, básicamente por actuaciones de la Administración Pública relativas a: i) la supresión de procedimientos administrativos; ii) distorsión de la potestad inspectora y; iii) la degradación de la finalidad de la notificación administrativa. Estos desmanes a los que haremos referencia fueron amparados y convalidados por el Poder Judicial bajo una lánguida invocación de criterios de justicia material.

Así las cosas, previa a cualquier consideración al respecto, es preciso señalar que Santo Tomás no era dualista, razón por

6 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 50 y ss.

7 Santo Tomás De Aquino, *El ente y la esencia*, traducción y notas de: Pedro Gómez Danés, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2000.

la cual su evidente posición “conciliadora” orientará el presente estudio. Para Santo Tomás se llama *Forma* a aquello que por forma significa perfección o certeza de cualquier cosa⁸. Es clarificadora esta primera aproximación que propone el autor, por cuanto, la certeza y perfección de algo o de cualquier cosa supone su necesaria identificación con el acto, con lo que ya es y que es capaz de imprimir seguridad. Si algo es, es porque resulta asido de una forma particular.

En tal sentido, con el presente trabajo se analizarán algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia nacional en virtud de la cual se convalidaron ciertos actos administrativos que en principio pudieran reputarse nulos al haberse quebrantado formas esenciales, básicamente por la omisión de requisitos fundamentales de procedimientos administrativos o por su completa ausencia, empleando como justificación argumentos basados, como ya se dijo, en criterios de justicia material. Por lo tanto, hemos considerado hilvanar nuestro análisis a partir del examen de las razones que desde la doctrina se han gestado para dar al traste con el *formalismo jurídico*, las cuales arrastran, entre otras cosas, una posición más activa del Juez dentro del proceso y, por ende, que le esté permitido, desatender los postulados legales sin hacer uso de un correcto método constitucional para ello; para posteriormente, verificar cuáles son los requisitos del acto administrativo que han sido soslayados por la jurisprudencia de cara a las ideas expuestas por Santo Tomás de Aquino.

II. PROBLEMAS DE LAS FORMAS EN EL DERECHO VENEZOLANO

En el derecho venezolano existe desde hace algún tiempo una profunda discusión en tribunales sobre la necesidad o no de las formas y cómo las mismas están supeditadas a la materia o a la justicia material. Con esta diatriba lo que se persigue

8 *Ibidem*, p. 19.

es poder alterar algunas formas, como, por ejemplo, las establecidas en leyes, instrumentos normativos o bien, la realidad que se expresa dentro del proceso, para poder acomodarlas a ciertos intereses bastante particulares. Las formas que componen el universo y que determinan la materia, cumplen una especial importancia en el derecho administrativo que está erigido sobre la máxima según la cual la Administración no podrá realizar ningún acto que no esté consagrado en la Ley y para el cual no tenga competencia.

Tal curiosa contradicción, deliberadamente articulada, entre la justicia material y la justicia formal la podemos apreciar en la sentencia N.º 02142, del 1º de noviembre de 2000⁹, en la que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de Carlos Escarrá Malavé, realizó las siguientes reflexiones, de lo que supone un Estado Material de Justicia, para luego, disponer el poder del Juez en aras de lograr efectivamente este valor fundamental. De la referida sentencia se extraen las siguientes consideraciones:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define el Estado como un modelo *Democrático y Social, de Derecho y de Justicia*, sustentándolo en una serie de principios y de valores superiores que se insertan en el ordenamiento jurídico. Este Estado de justicia mantiene abierto el Derecho a la sociedad de donde surge para regularla y al mismo tiempo para dejarse superar por esta.

Para hacer posible y realizable esa justicia que nos define el Texto Fundamental se requiere de la conjunción de valores, principios y mecanismos de naturaleza fundamental, cuestión que obliga a las instituciones democráticas y a sus funcionarios no solo a respetar efectivamente los derechos de la persona humana como valor supremo del ordena-

9 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02142-011100-0827.HTM>

miento jurídico, sino a procurar y concretar, en términos materiales, la referida justicia.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nos impone una interpretación del concepto de justicia donde la noción de **Justicia material** adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del Poder Judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales.

El modelo de *Estado Social y de Justicia*, establece una relación integral entre la justicia formal y la material. En este sentido, en el contexto del Estado Social y de Justicia, la Administración está forzada a tener en cuenta los valores materiales primarios que reclama la sociedad, de lo contrario, su poder o autoridad se torna ilegítima y materialmente injusta.

En efecto, frente a las peticiones o solicitudes formuladas por los particulares, mediante las cuales se pretende la aplicación o cumplimiento de determinadas normas del ordenamiento jurídico vigente, la Administración está en la obligación atender oportunamente dichos pedimentos para que pueda hacerse efectiva la tutela a que se refiere el

artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por ello, en criterio de esta Sala, no puede existir bienestar social, dignidad humana, igualdad, sin justicia. Pero esta última -la justicia- tampoco existiría sin que los valores anteriores sean efectivos. Y así se declara.

La sentencia de la Sala Político-Administrativa trasluce lo que sería *a posteriori* el nuevo modelo de justicia que se manejaría en el país, uno en el cual los criterios de justicia, vale decir, aquellos que dictan los tribunales, no estarían sometidos a reglas generales y abstractas, sino valoradas al calor de sus destinatarios, intereses y de cada caso en concreto, derivando en la imposibilidad de precisar un contenido seguro y cierto; se entronizan unos supuestos valores materiales primarios que reclama la sociedad porque, de no ser así, cualquier fallo se tornaría ilegítimo y materialmente injusto. Lo que está señalando la decisión *ut supra* citada es que el Juez puede desatender las reglas del proceso si considera que otros valores “más importantes” pudieran resultar lesionados. La dificultad de una posición tan abigarrada y farragosa es que la conjeturada *materia* pasa a ser un acto sometido a la voluntad del decisor, quien decidirá bajo criterios estrictamente personales los valores que considera resultan lesionados.

El Ponente de este fallo, Carlos Escarrá Malavé, planteaba que desde hace algún tiempo se trazaba una batalla entre la legalidad formal y la justicia material y precisamente porque nos hemos acostumbrados a la primera concepción, a actuar sumando y restando artículos, o como decía el padre Olaso a ser electricistas del derecho, lo cual nos ha ido alejando del verdadero sentido de ser un abogado. En ese sentido, indicaría Escarrá que: «el concepto prevalente de justicia debe ser la forma esencial que caracterice la actuación del Juez» que debe escrudiñar la verdad, ir más allá de lo que las simples normas

jurídicas les da, y que, si es necesario crear, tiene que crear y si es necesario inventar tiene que inventar¹⁰.

A renglón seguido, señalaría a partir de los postulados del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que debe prevalecer la verdad y la justicia por sobre los formalismos no esenciales, criterio éste que venía a sustituir el principio según el cual, había un *“valor superior que era el de la seguridad jurídica y en virtud de la seguridad jurídica, los formalismos esenciales o no esenciales son necesarios y el juez debe revisarlos a los efectos de poder tomar una decisión”*¹¹.

Sobre la base del postulado anterior, imaginemos un caso en el que una de las partes demandó el desalojo de un inquilino que deliberadamente no pagó el canon de arrendamiento. El demandante probó durante todo el proceso que existían cánones insolutos por más de dos (2) años y que, además de ello, necesitaba la vivienda para habitarla, porque de lo contrario quedada a merced de la intemperie, del gélido frío de una calle y de los cartones que una acera le cedió en comodato. La otra parte no probó nada, mas sí alegó que no tenía un lugar donde vivir. Desde una perspectiva estrictamente procesal, y manejando un criterio de igualdad en la relación procesal, estando verificados todos los presupuestos legales para dictar una sentencia de fondo, el Juez debía condenar el desalojo. Empero, sobre la base del criterio anterior, en el que las formas pudieran quedar reducidas a ser un mero revestimiento inocuo de la justicia material, pudiera el Juez estar habilitado para decir que existe un valor justicia superior y no ordenar el desalojo que correspondía formalmente.

Manuel García Pelayo, refiriéndose al Estado social en contraste con el Estado democrático-liberal, señaló entre algunas cosas, que mientras que el uno se limitaba a asegurar la

10 Carlos Escarrá M., “La Justicia y los poderes del Juez en la nueva Constitución”, *Anuario de Derecho*, SABER-ULA, N.º 23, 2001, p. 384-396.

11 *Ídem*.

justicia legal formal el otro se extiende a la justicia legal material¹². Las palabras de García-Pelayo deben leerse con mucha serenidad, porque, en caso contrario, da lugar a que se entienda que éste quiso contraponer ex profeso ley y justicia, o forma y materia, cuando de lo que se desprende de su enunciación es la cohabitación o complementariedad entre tales conceptos. Lo

- 12 Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Editorial Alianza Universidad, Madrid, 1989, p. 26. Escapa del presente estudio analizar la cláusula del Estado social, sus bondades y dificultades, no obstante, desde hace ya algún tiempo se viene elucidando sobre la crisis del Estado social, básicamente en torno a una Administración volcada a la más y mejor prestación de los servicios públicos. Castells Arteché a principios de los 90 ya había formulado algunas críticas a tenor de las consecuencias que las crisis económicas alteraban las aguas del entramado del Estado social en su conjunto y, en especial, de la Administración prestacional en concreto. Cfr. José M. Castells A., *Cuestiones finiseculares de las Administraciones públicas*, Civitas y el Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1991, p. 157. Para este autor, citando a Tomás Ramón Fernández, lo que empezó siendo una mera crisis energética provocada por la rebelión de los países productores de petróleo, pasó a ser una crisis económica generalizada que ha obligado a suspender pagos a los Estados débiles y ha colocado a los demás en una situación de auténtico *impasse* financiero; incapacidad para hacer frente a unos gastos que crecen año a año por encima del PIB y; un déficit difícil de financiar en la medida que la presión fiscal está alcanzando niveles difícilmente asimilables por la población y al recurso al crédito. (p. 157). Para José Ignacio Hernández la voz administración prestacional no le produce resquemor, por el contrario, procura ajustarla al socaire de los derechos de libertad y propiedad. A criterio de este autor, mientras en el Estado liberal lo relevante fue establecer cotos a la limitación de los derechos fundamentales por la Administración, en el Estado social, “además, comienza a exigirse a la Administración una intervención no de limitación, sino de prestación, orientada a asegurar condiciones efectivas de igualdad de oportunidades en el orden socioeconómico, en pos de la justicia social, principio que, entre nosotros, comienza a surgir con la Constitución de 1947. Cfr. José I. Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 128. En otro trabajo señala Hernández que “la consecución jurídica primera de ese Estado social fue la conformación jurídica de la Administración prestacional, quien a través de medios no coactivos atiende ciertas necesidades de los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiaridad y menor intervención”. Cfr. José I. Hernández G., *Administración Pública, Desarrollo y Libertad en Venezuela. Algunas ideas en torno a la reforma administrativa en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 52-53.

cierto es que el Estado social no es una cláusula dirigida exclusivamente a la Administración, ello sería una completa estolidez, un abstruso que comprometería su contenido, más aún porque, aunque se entienda hoy día que las leyes no tienen una estofa enteramente programática, es verdad que sólo mediante Ley se pueden establecer limitaciones a la libertad, propiedad y, por ende, crear condiciones óptimas para que florezcan los derechos sociales.

III. NOCIÓN DE FORMALISMO JURÍDICO

Sin embargo, la exasperación de algunos doctrinarios frente a la idea de una justicia regida por reglas formales se debió a los efectos producidos por lo que se denominaría de forma peyorativa como “*formalismo jurídico*”. Ahora bien, para propósitos de este trabajo se analizarán algunas de las principales características del formalismo jurídico y de la tesis antiformalista de manera que sirva de preludio a los casos a analizar en los que de una manera un tanto peculiar se decidió soslayar la forma por una supuesta preponderancia de la materia.

Ana Karina Timm Hidalgo realizó un condensado y detallado estudio de una posible lid académica entre formalistas y antiformalistas de Francia, Alemania y de los Estados Unidos. Entre los formalistas, a consideración de la autora, siempre existió una nota común o un eje transversal: *i)* ser el resultado de la filosofía racionalista de la ilustración; *ii)* pregonar la separación de poderes; *iii)* estar ligado al contractualismo antropocéntrico y la doctrina de la soberanía nacional¹³.

13 Ana K. Timm H., “Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, N.º 12, Madrid, 2010, pp. 1--20. A criterio Timm, para los formalistas franceses el legislador racional es el representante de la nación, y será la única autoridad legítima para poder limitar derechos y libertades. Sus principales características son: *i)* derecho positivo lo es todo y es igual a Ley; *ii)* el juez al juzgar debe buscar la intención del

Para la autora en referencia, los antiformalistas por el contrario parten de una ruptura de las fuentes y dogmas que proporcionan todo el andamiaje a los formalistas, entre ellos, François Geny, quien señalaba que: “el vicio capital del sistema es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador”; asimismo, en Alemania con Rudolf Von Jhering a la cabeza, criticó la forma misma de entender el derecho, básicamente en contra del dogma de la estatalidad del derecho y de la concepción estrictamente normativista del fenómeno jurídico. Von Jhering haría un llamado a que los juristas desciendan del cielo de los conceptos a la tierra, para tomar contacto directo con la realidad¹⁴.

Y por último, a propósito del antiformalismo estadounidense, el Juez Holmes manifestaba: “entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”, y en otro sentido afirmaba: “la forma y el método de la lógica satisfacen ese ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda la mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre”¹⁵.

Así, vemos como entre la tesis del formalismo y antiformalismo, siempre coinciden en la dicotomía entre forma y materia y en la posible pugna entre el legislador y el Juez. Alejandro Nieto, en tal sentido brinda una explicación del porqué en cierto momento se necesitó que los jueces se mantuvieran

legislador; iii) la costumbre como fuente del derecho no tiene valor; y iv) la estabilidad del derecho. Por su parte, el formalismo alemán se identifica por ser de tipo conceptual, existiendo una conexión lógica y conceptual entre las normas, condicionándose unas a otras deductivamente, vale decir, representados por una pirámide de conceptos contruidos según las proposiciones de la pura lógica formal.

14 *Ídem.*

15 *Ídem.*

impávidos ante las preposiciones legales y que reprodujeran sin chistar las palabras de la Ley. A su criterio, y expresando algunas valiosas ideas sobre la motivación de las sentencias, hizo una revisión de las instituciones forenses Europeas, y concluyó que lo normal ha sido no motivar las decisiones judiciales, bien porque estuviera prohibido, no fuese exigido e incluso aconsejable¹⁶.

En el mismo orden de ideas, aduciría que Europa vivió más de doce (12) siglos sin motivar las sentencias, hasta que en el siglo XVIII fue cuestionada esa práctica por los pensadores de la ilustración quienes convirtieron a la motivación en un arma súper útil e ineludible contra el despotismo, en efecto, para Isay –citado por Nieto– sus raíces se encuentran en el capitalismo, en el sentido que:

La economía burguesa no puede contentarse con las evocaciones mágicas o religiosas de las viejas sentencias autoritarias sino que necesita una precisión y una certeza que sólo puede facilitarle las sentencias motivadas. El mercado capitalista, para poder funcionar, tiene que saber a qué atenerse, por lo que a falta de instrumentos mejores necesita contar con leyes detalladas y con jueces capaces de objetivar en lo posible sus decisiones. El tiempo ha venido luego a frustrar tales expectativas y el capitalismo moderno ya no se da por satisfecho con unas leyes que en su volumen y casuismo terminan siendo confusas, y mucho menos con unos jueces que han aprendido a justificar en Derecho decisiones voluntaristas, más no politizadas; de aquí su tendencia a abandonar las jurisdicciones públicas para refugiarse en órganos de arbitraje tendencialmente corporativos; pero no puede desconocerse lo que durante siglo y medio significaron las sentencias motivadas para la economía capitalista¹⁷.

16 Alejandro Nieto, *El Arbitrio Judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 143 y s.

17 *Ídem*.

IV. FORMALISMO LATINOAMERICANO

Daniel Bonilla, a propósito de lo que supone el concepto hegemónico del derecho en Latinoamérica desde el siglo XIX, siendo uno de sus principales bastiones el formalismo jurídico, realizó un catálogo que, a su criterio, permite descubrir las características fundamentales de éste, las cuales fueron producto del entrecruzamiento y apropiación en la región de algunas de las premisas defendidas por la escuela de la exégesis francesa y el historicismo alemán; entre ellas, la preponderancia de la Ley como principal fuente de derecho y que al juzgador le toca ser fiel al texto de la Ley¹⁸.

- 18 El autor en referencia, divide los elementos representativos del formalismo jurídico bajo los siguientes tópicos: *i)* concepción que identifica el derecho con la Ley, es ésta la única o principal fuente del derecho, «la jurisprudencia, los principios generales de derecho que no hayan sido positivizados y la doctrina, se consideran fuentes secundarias»; *ii)* el ordenamiento jurídico es considerado como un sistema completo, «el derecho no tiene lagunas (...) [e]sto significa que el derecho incluya una ley específica para regular cada una de las prácticas sociales existentes y futuras»; *iii)* el derecho es un sistema cerrado, «tiene sus propios mecanismos para crear, aplicar, modificar y destruir las unidades que lo componen»; *iv)* el formalismo afirma que el derecho es coherente, vale decir, no se contradice, las normas jurídicas «tienen una relación armónica entre sí que es consecuencia de la sabiduría del legislador»; *v)* el derecho presenta respuestas unívocas para las materias y conflictos sociales que regula, por tal motivo, «el intérprete debe, como regla general, ser fiel al texto de la Ley»; *vi)* «de la mano de una interpretación clásica de la democracia liberal, defiende el principio de separación radical de las tres ramas del poder público», siendo el legislador en único que tiene poder y capacidad creadora del derecho; *vii)* el formalismo, identifica validez formal con justicia, «los formalistas radicales consideran que una norma jurídica que haya sido creada por la institución competente y siguiendo los procedimientos preexistentes para generar derecho debe ser considerada justa». Cfr. Daniel Bonilla, “El Formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica”, Tomada de: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/05/Bonilla.pdf> [Consultada 1º/04/2016]. En un tenor similar, Jesús Vega hizo un recuento de doce (12) tesis antiformalistas derivadas de la equidad aristotélica desde una concepción general del derecho y las pautas de una aplicación judicial. Las referidas tesis son las siguientes: *i)* una comprensión adecuada del derecho dista de restringirse exclusivamente a las reglas, ha de aplicarse por el contrario, a los principios y valores que subyacen a ellas dotándolos

El derecho no puede ser granítico e impávido a los cambios y transformaciones sociales, la rigidez lo petrifica y lo hace

de sentido y justificación; ii) crítica radical del legalismo, trasfondo de la noción de Ley, la cual se aplicaba a la praxis por analogía a las regularidades objetivas de la physis (analogía epistemológica). En ese sentido, señala que el legalismo da por cierta la posibilidad de lo que Kant llama ley estricta, capaz de garantizar anticipadamente las correcciones de sus aplicaciones futuras en los casos particulares, por lo tanto, al no requerir la regla excepción alguna, no excluye la necesidad de un “discurso de aplicación deliberativo y justificativo autónomo comprometido valorativa”; iii) en relación a la jurisdicción y la tesis de equidad de Aristóteles, indicó que la práctica aplicable judicial no puede ser reducida “a la imagen (especular respecto de la regla perfecta legalista) de un ‘silogismo’ consistente en la simple ‘subsunción’ o ‘clasificación’ lógico-formal de casos bajo las cláusulas genéricas legislativas, es decir, la jurisdicción es una “empresa normativa interna al derecho” posee una condición deliberativa y creadora que conforma “la legislación a lo largo del proceso de aplicación al compás del desarrollo de las prácticas sociales”; iv) La equidad como corrección de la Ley parte de una comprensión pragmática de las reglas legislativas (del cual resulta como generalizaciones de 0predicados fácticos y normativos de que constan las reglas) condición de la cual se revela el Juez con un razonamiento práctico originalmente dirigido por valores, propósitos y fines que el juez tiene que poder identificar para emprender su propio discurso de aplicación; v) el Juez debe comprobar en cada caso la correcta aplicabilidad de los valores y principios subyacentes a las reglas, a los efectos de que no se contravenga con aquellos balances que el legislador pretende promover; vi) la operación de calificación y clasificación mediante la cual se establece la relevancia de un principio para cada caso incluye un elemento deliberativo de evaluación de circunstancias para cada caso y de corrección de la reglas donde necesariamente intervienen las razones subyacentes los principios o valores; vii) las justificabilidad de la regla exige que sea corregida en casos difíciles o que su aplicación en concreto presenten cierta antinomia en virtud de su generalidad de su formulación; viii) el juez no sólo corrige las reglas para un caso existente, sino su validez y contenido normativo respecto a todos los casos (actuando en ocasiones como si fuera un legislador); ix) el deber de superar la vieja ideología positivista formalista del poder nulo del Juez; x) el compromiso con valores otorga a la función judicial una inesquivable dimensión político-moral la decisión justificada de los casos de acuerdo con una práctica regular que debe ser coherente con los valores constitucionales que fijan la moralidad política de una comunidad; xi) la práctica judicial se subordina enteramente a la justicia; xii) la equidad es universalizable. Cfr. Jesús Vega, “La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 29, Tomada de: ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/3249/3407 [Consultada 1º/04/2016].

inaplicable¹⁹; ello puede conducir, como en efecto lo hace, a que el juez asuma una posición más activa al momento de resolver alguna controversia; pero, el problema se presenta cuando lo hace desaplicando normas, leyes e incluso la propia Constitución, invocando nociones como la de pueblo, justicia material, bien común, y muchas veces sin ningún tipo de justificación y sin hacer uso de los mecanismos que la propia constitución establece.

Considera Dworkin que, en la medida que no tengamos claro qué práctica o juicio moral refleja el derecho, no es posible criticarlo con inteligencia y teniendo claro esto, falta preguntarnos si el mismo es sensato, y si “es congruente con los principios de los que el derecho se pretende servir”²⁰.

19 Para Novoa Monreal existe una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, debido a la rigidez de este último, por lo que: “[p]odría pensarse que un legislador atento a estas transformaciones y ágil en su elaboración preceptiva, podría evitar el desequilibrio, dictando nuevas normas que tuvieran por finalidad poner al día las reglas caducas, para mantener siempre un derecho fresco y actualizado. Pero en realidad práctica no existe ese legislador atento y ágil”. Eduardo Novoa M., *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social*, Siglo Veintiuno Editores, México 1981, p. 37.

20 Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 43 y ss. Para Ronald Dworkin, el análisis de la jurisprudencia varía de un lugar a otro y de un sistema a otro; en ese sentido, precisó que la Jurisprudencia en Inglaterra (Jurisprudencia Analítica) que se impartía en las aulas de clases, analizaba –casi de forma exclusiva– la elaboración de los significados de ciertos términos, estrictamente vinculados con el área jurídica; para él, los abogados en Inglaterra diferenciaban el concepto moral del derecho del jurídico, y esta posición lo que supuso fue ignorar el “uso moral del concepto”. A su criterio, en los Estados Unidos los tribunales habían desempeñado un papel más importante que en Inglaterra en lo relativo a “adoptar el derecho del siglo XIV a las necesidades de la industrialización y [su] Constitución dio carácter jurídico a problemas que en Inglaterra eran eminentemente políticos”, por ejemplo, el tema de los salarios mínimos en Inglaterra era de índole político, mientras que en los Estados Unidos era al mismo tiempo “constitucional, es decir, judicial”; por lo tanto, se veían más urgidos de describir de forma precisa lo que estaban haciendo los tribunales y justificarlo; las exigencias crecían a medida que los tribunales estuvieran aplicando principios nuevos y “políticamente controvertibles, en vez de limitarse a aplicar simplemente el derecho antiguo, tal como lo exigía la teoría jurídica ortodoxa”. Sin embargo, a su

V. LA GÉNESIS DE LA SENTENCIA ¿FORMALISMO JUDICIAL?

En estricta consonancia con lo anterior, Calamandrei, en su breve pero sustanciosa obra: *“La Génesis lógica de la Sentencia”* intentó conjugar la racionalidad de un conjunto de operaciones mentales que se desarrollan en cabeza del Juez, a partir de una descripción analítica de todos los vectores que componen el proceso. A su criterio, la sentencia es el corazón del organismo procesal, al punto que está determinada bajo una relación finalística, en la que toda demanda hecha valer en juicio por las partes contiene el germen de una sentencia, lo que comporta que origen y fin de la controversia están marcados por el mismo destino.

A grandes rasgos, entre los elementos más significativos de este trabajo se encuentra: i) “el juez debe, antes que, de la existencia del derecho, convencerse de los hechos”; ii) la triple identidad de la prueba: a) asunción de la prueba; b) interpretación de la prueba; y c) valoración de la prueba; y iii) las máximas de experiencia extraídas de su patrimonio intelectual y de la conciencia pública.

Ese trabajo fue posteriormente objeto de múltiples críticas, incluso provenientes del propio Calamandrei, quien lo calificaría como un ensayo juvenil, en gran medida por la forma

juicio, las diversas ramas del enfoque profesional de las jurisprudencias fracasaron por ignorar *“que sus problemas son de principios morales, no de hechos legales ni estrategias”* y que la comprensión de la norma jurídica debe hacerse *“como una extensión de las teorías populares de la moralidad y de la causa”*, por ello, ve como positivo la importancia y el éxito que tuvo Hart, un filósofo moral. Según Dworkin, los colegas de Hart en la escuela de Oxford, se valieron del estudio del lenguaje para evidenciar como los miembros de la sociedad se adjudicaban habitualmente unos a otros la culpa y la responsabilidad, para ello, expuso este ejemplo: el caso en que el conductor desaprensivo hiere levemente a un hombre que se muere porque es hemofílico de aquel en que un conductor descuidado hiere levemente a un hombre que se muere de toxemia debido a una negligencia médica. La mayoría de las personas dirían que, en el primer caso, el conductor descuidado provocó la muerte y que ésta fue culpa de él, pero no dirían lo mismo en el segundo caso.

como fue interpretado por los detractores a sus ideas, ubicando dichos planteamientos bajo el mote de *dogmatismo formalista*. Calamandrei planteaba, *mutatis mutandi*, que la sentencia judicial estaba compuesta de un gran silogismo –lógica aristotélica– siendo la premisa mayor (la Ley), la premisa menor, (los hechos demostrados) y, la conclusión, la dispositiva del fallo.

Indicó Escovar León que el propio autor se refirió en un trabajo posterior: “*proceso y democracia*” que el silogismo es “*incompleto y unilateral, porque aquél que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia*”²¹.

Para Ibáñez, es objeto de preocupación que recorre transversalmente la obra de Calamandrei la legalidad y el papel asignado al jurista en su aplicación. Para dar cuenta de las advertencias académicas formuladas, cita un extracto de ciertas consideraciones que en contra del Maestro de Florencia habría realizado Zagrebelsky, que en este asunto –puntualiza Ibáñez– censura con dureza la adscripción del jurista teórico al método técnico-jurídico, que: “«convierte –dice– nuestra ciencia en una especie de juego chino tan ingenioso como inconcluyente»; reclama para el aplicador práctico, el juez sobre todo, por razón de certeza, una adhesión al texto de la ley, cualesquiera que sea su calidad y los valores subyacentes, tan pasiva y, diría, mecánica que, justamente, induce a evocar el imposible ideal ilustrado del juez, llevado por él, incluso, mucho más lejos del punto donde lo habría dejado Montesquieu, cuyo imaginario estaba presidido por un legislador racional y benéfico, el más autorizado intérprete de la «naturaleza de las cosas»”²².

21 Ramón Escovar León, *La Motivación de la Sentencia y su Motivación con la Argumentación Jurídica*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N.º 57, Caracas, 2001, p. 21.

22 Perfecto A. Ibáñez, “Prólogo: Calamandrei, fascinante y polémico”, *Fe en el Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 16.

Nada que ver, pues, con el de la Italia de nuestro autor, cuando ya en la década de los cuarenta del pasado siglo, propugna el “culto de la legalidad a toda costa, este desconsolado obsequio a las leyes sólo porque son tales y aunque el corazón las maldiga y apesure con el deseo su abolición”²³.

No obstante, a criterio de Ibáñez, esa adhesión a la dogmática “convivió en nuestro autor, sin nada de paradójico, con una posición intelectual justamente calificada de antidogmatismo, con raíz en la conciencia de la necesidad de profundas reformas en la legislación y la administración de justicia. Calamandrei no estuvo preso a consideraciones formales que mantuvieran al derecho en una posición de auto-aislamiento, sino por la medición de las instituciones en su justo medio y de cara a criterios de justicia”²⁴.

La expresión: El juez es una boca muda que pronuncia las palabras de la ley (Montesquieu), significó en su momento una válvula que supuso un escape y disolución entre poder y justicia, que tallaría luego la fórmula de la separación de los poderes y que terminó por hacer del Juez, el principal protector de la Ley y del derecho; este esqueleto que ya definía la función jurisdiccional –de aplicación, no de creación–, adquiere una dimensión metodológica con *“La Génesis Lógica de la Sentencia”*, que más allá de expresar un razonamiento deductivo de cómo se gestan las preposiciones de una sentencia, se habría convertido en un manual para jueces y abogados; la presencia de la retórica y de la lógica en las decisiones judiciales, hacía que los fallos siguieran un patrón rígido dirigido exclusivamente por la Ley.

Aduce Zagrevelsky, que: *“El hecho de que los elementos que forman la definición jurídica de la justicia estén hoy recogidos en las constituciones, es decir, estén «constitucionalizados», sienta también en este caso, como ya sucedió con los derechos, las condiciones para*

23 *Ídem.*

24 *Ídem.*

la superación de la segunda gran «reducción» del positivismo jurídico del siglo XIX: la reducción de la justicia a la ley»²⁵. (Zagrevelsky, 2008, 47).

El nuevo modelo constitucional, ha convertido al juez en el guardián de la Constitución, incluso, señala Otto Bachof que la protección se justifica por la presencia material de una Ley Fundamental, referente a la existencia y a la vigencia de un orden de reglas y valores anteriores al derecho legislado. Indicaría el autor en referencia que el liberalismo y el constitucionalismo primitivo tenían gran fe en la Ley, que era la Carta Magna de la libertad, siendo el juez solamente su obediente servidor y ejecutor, el “juez esclavo de la Ley”²⁶.

El salvaje ataque a fórmulas formales de entender y aplicar el derecho está estrictamente relacionado con el neoconstitucionalismo, teoría según la cual el juez no se halla atado a lo que establezca la Ley, como su exclusiva fuente, sino, básicamente, a lo que prevea la Constitución, que está compuesta no sólo de reglas, más importante aún de principios que oxigenan el ordenamiento jurídico y que le brindan perfección automática²⁷.

Ahora bien, no obstante, esta nueva forma de ver el derecho, es importante que no perdamos de vista una cosa: el juez es una persona, y como tal víctima de las pasiones y de sus propios intereses, por lo tanto, darle ese inconmensurable poder sin más limitaciones que su propio buen juicio, que en muchos casos carece de él, puede conducir al derecho a un abismo, confusa posición que lo haría desaparecer. El formalismo jurídico es censurado en razón de la actividad del juez en

25 Gustavo Zagrevelsky, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 47.

26 Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 9.

27 Jonás E. Aponte A., “Los embates del mercado y su presunta inmunidad ante las regulaciones”, *Magistra: Revista de la Escuela Nacional de la Magistratura*, Caracas, 2012, p. 127.

el marco de un proceso judicial, quien no estará sujeto estrictamente a lo establecido en la Ley, por lo que esta categorización da pie a que pueda, en el marco de unos supuestos súper poderes, adoptar decisiones al margen de la Ley, sobre la base de los principios y valores jurídicos y, especialmente, sorteando las formas que ordenan el derecho.

Es significativamente importante la aclaratoria anterior, por cuanto si bien el formalismo jurídico imprecisa el método como se desarrollaba la actividad jurisdiccional, no es menos cierto que termina incidiendo en la actividad administrativa y básicamente en la noción de acto administrativo. Es aquí donde nos detendremos, porque los tribunales contenciosos administrativos y tributarios a partir de la reivindicación de la materia sobre la forma han convalidado actuaciones de la Administración Pública en las que se han soslayado condiciones formales que le dan *esencia* al acto, generando que ciertos derechos fundamentales como lo son el debido proceso y el derecho a la defensa hayan resultado negativamente incididos.

En efecto, el hecho que los principales controladores y fiscalizadores de la actividad administrativa, como lo son los Juzgados contencioso administrativos y tributarios, convaliden actuaciones carentes absolutamente de la *forma* que justifica su *materia* y *esencia*, *provoca ipso facto* que se le esté dando un incorrecto mensaje a la Administración Pública, éste es, estar habilitada para dictar actos privados de sus condiciones fundamentales ergo de forma. La ausencia de forma se verifica cuando un acto se dicta sin estar precedido de un procedimiento, de motivación, y sin que el funcionario tenga competencia para ello, entre algunos otros. Por tal motivo, que el acto tenga una denominación específica no le acredita una forma, sino un simple revestimiento que en nada se compadece con la realidad.

VI. NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

En ese sentido, con el ánimo de explicitar cómo el acto administrativo ha resultado lesionado por la ausencia de ciertas condiciones formales, es oportuno citar el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁸ que define el concepto del acto administrativo, en los términos siguientes: “Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública”. Para Otto Mayer, el acto administrativo es definido como: “(...) un acto de autoridad que emana de la Administración y que determina frente al súbdito, lo que para él debe ser derecho en un caso concreto²⁹.”

No es objeto del presente ensayo analizar críticamente las deficiencias del concepto de acto administrativo establecido en la Ley, pero sí nos detendremos en destacar los rasgos más importantes que resaltan de tal enunciado³⁰. El acto adminis-

28 Publicada en la Gaceta Oficial N.º 2.818 Extraordinario de 1º de julio de 1981.

29 Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 28.

30 Señala Hernández que la definición de acto administrativo responde a uno de los tópicos más importantes desarrollados por el derecho administrativo. Cfr. José I. Hernández, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, op. cit., p. 108. Agrega el citado autor que por la impronta -injustificada- del derecho francés, ha prelado una noción procesal de acto administrativo; es decir, se definirá acto administrativo a los fines de un eventual control judicial, ello en virtud de la naturaleza de la jurisdicción contenciosa administrativa que opera bajo un sistema objetivo y revisor; dicha situación provocó que se le intentara dar una perspectiva orgánica y funcional al acto, lo cual generó una bifurcación que provocó grandes enredos, por cuanto, no se controlaran únicamente los actos que dicta el Poder Ejecutivo, sino también de cualquier otro Poder en ejercicio de la función administrativa; y peor aún, haciendo mano de un criterio material, la jurisprudencia ha extendido la fiscalización de actividades realizadas por particulares en ejecución de potestades administrativas; entran aquí los actos de autoridad y conceptos como el de los servicios públicos. (p. 108-112).

trativo en términos llanos es la *forma* como la Administración Pública manifiesta su voluntad, y para que se transforme en *materia* debe cumplir con una serie de condiciones para garantizar su legitimidad³¹. A estas condiciones a las cuales aludo, la Ley las denomina formalidades y requisitos de validez, que participan en el revestimiento formal del acto.

La actividad administrativa no puede estar completamente atrapada por un exacerbado formalismo de viejo cuño, señala Araujo, sino, por el contrario, *“lo que importa es reducir la forma a sus justos y apropiados límites, esto es, a un formalismo moderado e inteligente (WALINE), pues la gravedad e importancia del acto administrativo exige las seguridades y garantías de la forma”*³².

Ahora bien, como señalamos *ut supra* los actos administrativos contemplan un revestimiento formal; es decir, la Administración Pública dependiendo del órgano o ente del que se trate dictará una categoría específica de actos, que además de expresar una forma disponen una jerarquía, los cuales son: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas.

No obstante, lo anterior, será el seguimiento de las formas -condiciones de modo, tiempo y lugar- las que determinar su materia, no como contenido, sino como esa relación poten-

31 Para Araujo, los actos administrativos necesitan una forma, pues si bien es cierto surgen y producen efectos por el contenido de la voluntad, no es menos cierto que al regular las relaciones entre los diversos sujetos, deben emplear modos de exteriorización para lograr sus fines. Señala Ihering, citado por Araujo, que la forma es *“para el acto jurídico lo que la imprenta es para el papel moneda”*. Cfr. José Araujo J., *Tratado de derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007, p. 31. A consideración de este autor, si bien el concepto de forma está referido a la exteriorización de los actos jurídicos, excluyéndose así el *inter* que debe seguir para manifestar la voluntad de la Administración Pública, aduce, de igual modo, en un sentido técnico o estricto, *“la forma significa aquel medio de exteriorización de la declaración de voluntad que de una manera predeterminada y concreta exige la ley o la voluntad de las partes o de algunos casos”*. (p. 34).

32 *Ídem*.

cia – acto. Significa ello que para que un acto sea válido requiere cumplir con ciertos requisitos, los cuales están consagrados en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³³.

Ahora bien, la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 19, establecen las consecuencias frente a deficiencias formales del acto, en los términos siguientes:

Artículo 19. Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: 1. Cuando así este expresamente determinado por una norma constitucional o legal. 2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley. 3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y; **4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.** (Destacado del autor).

Así las cosas, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone los remedios en los supuestos que se hubiera inobservado requisitos formales, de manera que, en los casos que no se verifiquen sus condiciones formales el mismo se declarará nulo. En efecto, ante la ausencia de un procedimiento y la emisión de un acto por una autoridad

33 Artículo 18. Todo acto administrativo deberá contener: 1. Nombre del Ministerio u organismo a que pertenece el órgano que emite el acto; 2. Nombre del órgano que emite el acto; 3. Lugar y fecha donde el acto es dictado; 4. Nombre de la persona u órgano a quien va dirigido; 5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes; 6. La decisión respectiva, si fuere el caso; 7. Nombre del funcionario o funcionarios que los suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen, e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia. 8. El sello de la oficina.

manifiestamente incompetente la consecuencia lógica es la nulidad del acto.

Resulta oportuno destacar que, el cumplimiento de las formas dentro de cualquier procedimiento administrativo o judicial, permiten garantizar que las condiciones de modo, tiempo y lugar se verifiquen durante su ejecución, y no resulten vulnerados determinados derechos de los ciudadanos. La Corte Federal y de Casación en sentencia de fecha 1 de diciembre de 1938 y del 7 de diciembre de 1938, estableció que:

Cuando la ley crea formas especiales para el cumplimiento del acto administrativo, quiere decir que el acto debe estar rodeado de todas aquellas garantías necesarias para que pueda producir su efecto. Mas, es necesario, que la misma Ley establezca de manera categórica, las formas en que ha de cumplirse, y sólo así es cuando el acto cumplido fuera de esas formalidades legales llega a estar viciado de nulidad³⁴.

Además de las formas esenciales que debe tener todo acto, la Administración Pública para actuar debe hacerlo, al menos sobre la base de dos (2) principios fundamentales, el de legalidad y el de la competencia. El primero de ellos, triunfo histórico del liberalismo y bastión fundamental del Estado moderno, comporta que toda actuación administrativa deberá estar soportada, fundamenta y descrita en una norma de rango legal³⁵. El segundo de ellos, el principio de competencia,

34 José Araujo J., *Tratado de derecho administrativo formal*, op. cit., p. 61.

35 En ese sentido, el artículo 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria: 6.147 del 17 de noviembre de 2014, establece que: "Artículo 4. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico"; asimismo, el artículo

consagra que toda actuación o atribución de la Administración Pública estará declarada en la Ley.

En tal sentido, la competencia imputada a los órganos y entes de la Administración Pública es de obligatorio cumplimiento y debe ser ejercida en el marco de los límites y procedimientos establecidos legalmente. Ello así, la función pública debe desarrollarse con estricta sujeción a lo establecido en la Constitución y en las leyes, y siendo que la competencia debe ser expresa, y en principio indelegable, el ordenamiento jurídico sanciona con la nulidad del acto, ejecutar ciertos actos que se realizan sin la estricta cobertura legal³⁶.

Ahora bien, esos principios deben motorizar cualquier actuación de la Administración Pública, por lo tanto, cuando ésta sin ceñirse directamente a lo establecido en la Ley y estar amparado en la misma decide ejercer acciones que tengan repercusiones en los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, diremos que incurrió en una vía de hecho; en efecto, la forma de su actuación al no estar revestida de ninguna vestimenta por cuanto no siguió ningún proce-

26, *eiusdem*, reza: “Artículo 26. Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Toda actividad realizada por un órgano o ente manifiestamente incompetente, o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes. Quienes dicten dichos actos, serán responsables conforme a la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores”.

- 36 No obstante, lo consagrado en la Ley, existen supuestos en los que pese a haberse verificado la nulidad de un acto sus efectos se preservan con la finalidad de no afectar derechos subjetivos adquiridos. Un ejemplo de ello es ostensible con el Acuerdo publicado en la Gaceta Oficial N.º 37.584, del 4 de diciembre de 2002, mediante el cual la Asamblea Nacional acordó declarar la nulidad del nombramiento del Magistrado Franklin Arriechi. Los efectos de dicha nulidad hubieran sido extensibles también a las decisiones en los casos que éste era ponente, pero con ello se habrían visto afectados un sinnúmero de ciudadanos.

dimiento establecido en la Ley es evidente su ilegalidad. Tal destacada carencia de forma produce una vía de hecho por cuanto para su materialización no se siguió lo dispuesto en la Ley, que representa el cauce formal para su existencia (procedimiento).

Señala Hernández que, el procedimiento administrativo, siguiendo la doctrina italiana, ha sido definido como la forma de la actividad administrativa, más específicamente, como la forma de las potestades administrativas³⁷. En efecto, cuando el acto queda desprovisto de forma entendemos que no existe. Incluso, hay quienes, como Abache, pregonan la necesaria existencia de un procedimiento administrativo como cauce formal de los derechos de los contribuyentes y como garantía de la legalidad y eficacia de la actuación de la Administración tributaria en los procedimientos de inspección³⁸.

VII. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA DIATRIBA ENTRE FORMA Y MATERIA

El evidente desagrado por las formas ha producido una funesta diatriba entre justicia formal y justicia material, entendiendo esta última como la posibilidad que determinadas actuaciones en las que en virtud de la ausencia de un procedimiento administrativo se haya dictado un acto pasible de

37 José I. Hernández, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, op. cit., p. 116. A juicio de Hernández, el problema que subyace a esa definición radica en el hecho que, en principio, sólo atañería a los entes y órganos de la Administración Pública quienes son los únicos que ejercen potestades administrativas. Sin embargo, tal como ocurrió con el acto administrativo, la jurisprudencia ha provocado una serie de dificultades al ampliar su concepto al ejercicio de servicios públicos, sin importar que éstos fueran desarrollados por particulares.

38 Serviliano Abache C., “‘Forma y Tiempo’ de la Potestad Administrativa de Investigación”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*, Universidad Monteávila, Caracas, 2014, p. 24 y ss. Consultada en: <http://redav.com.ve/redav-n-3/> Revisado el 09/02/2017.

generar violaciones al debido proceso y el derecho a la defensa y que, aun siendo ilegales, puedan ser válidas y legítimas.

En materia funcional para que un acto de destitución sea *formalmente* válido debe sustanciarse un procedimiento administrativo en el que se le hayan respetados todas las garantías consagradas en el artículo 49 de la Constitución y que la autoridad sea manifiestamente competente. Esta clase de procedimientos están reservados, por lo general, a los funcionarios de carrera quienes participaron exitosamente el concurso público que al efecto les fue abierto y superaron el período de prueba. En efecto, para que este funcionario de carrera pueda ser retirado de la institución donde presta servicios, la Administración deberá iniciarle el procedimiento de destitución consagrado en el artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública porque, de lo contrario, un retiro realizado en situaciones diferentes a las expresadas inficiona de ilegalidad el acto, al estar borradas sus formas fundamentales.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia 2007-1987, de fecha 12 de noviembre de 2007, caso: Lixido José Solarte contra la *Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital*³⁹, resolvió una controversia en la que el querellante alegaba que era funcionario de carrera y se le destituyó de su cargo sin antes habersele abierto un procedimiento administrativo para ello. Para resolver el presente asunto, el referido órgano jurisdiccional en su motivación formuló dos (2) argumentos que parecen contradictorios pero que ponen en evidencia la contraposición entre los criterios de justicia formal con los de justicia material. Por una parte, señaló la Corte que es imprescindible en los procedimientos de carácter disciplinario instruir un procedimiento administrativo en el cual se le permitiera al quejoso ejercer de manera oportuna su derecho a la defensa; sin embargo, líneas más adelante señalaría que una decisión que anule el acto administrativo impugnado basada

39 Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/NOVIEMBRE/1478-12-AP42-R-2006-000021-2007-1987.HTML>

en razones procesales o formales que acarreen la nulidad del acto administrativo no resuelve la controversia planteada, toda vez que, obligaría a la Administración a incoar un procedimiento administrativo, aduciendo para ello exactamente las mismas razones que fundamentó el acto que se impugna.

Añade la Corte que, no obstante haberse constatado la inexistencia de un procedimiento administrativo en el caso de marras, consideró, tal como se había establecido en la sentencia del 3 de julio de 2007, caso: *María Isidora Benítez Elizondo Vs. Instituto Nacional del Menor (INAM)*⁴⁰, que el derecho a obtener una sentencia de fondo cuando se encuadra dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, impone además la existencia de garantías que van más allá de la necesidad de obtener una sentencia.

En ese sentido, la Corte Segunda en el caso planteado se subrogó en la Administración Pública y, analizando todas las actuaciones cursantes en autos, decidió que la destitución si bien no se sustentó en un procedimiento administrativo era válida, declarando así sin lugar el recurso contencioso administrativo.

En fallo de la misma Corte, Sentencia N.º 2012-1415, de fecha 16 de julio de 2012, caso: *Denny Rafael Cazorla Rodríguez contra el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)*⁴¹, se sostuvo que: “*difícilmente la sustanciación de un procedimiento administrativo permite la aportación de nuevos elementos de juicio que fundamenten las posturas de las partes en cuanto al tema de fondo que se debate. En estos supuestos, el procedimiento administrativo carecería de objeto*”. (Destacado nuestro).

40 Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/JULIO/1478-3-AP42-R-2005-001868-2007-1208.HTML>

41 Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/JULIO/1478-16-AP42-R-2011-001233-2012-1415.HTML>

Ello así, la Corte Segunda realizó una cuestionable actividad de ponderación entre los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso; en ese sentido, estableció que pese a no haberse sustanciado el procedimiento para “destituir” al funcionario, como correspondía, consideró dar preferencia a que la sentencia se dictara con la mayor prontitud posible y que, a su vez, se sustentara en un ajustado criterio de juzgamiento, juicio que, además, debía comprender todos los mecanismos necesarios con el propósito de resguardar la situación jurídica que se denuncia como infringida o vulnerada.

Para la Corte, si bien la Administración no sustanció un procedimiento con miras a destituir al recurrente, que era necesario en el entendido que era un funcionario de carrera, el hecho de haberse incoado la demanda (querrela funcional) en la que se fundó su pretensión, hizo desaparecer la situación de indefensión originaria. El razonamiento empleado por la Corte es, ante todo, atentatorio al debido proceso. Se insiste, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra que la *total y absoluta prescindencia del procedimiento legalmente establecido supone la nulidad de lo actuado*.

Gran parte de la justificación que dilapida la Corte para fundamentar la seuda prevalencia de la justicia material sobre la formal está sostenida en un criterio, supuestamente profesado por la autora Margarita Beladiez⁴², en el que se encumbra la *instrumentalización de la forma*, esto es, darle prevalencia a la *justicia material* en la decisión de fondo de las controversias y no a la minuciosa sujeción a las formas prescritas, que por su propia esencia no son más que instrumentos de acceso a esa justicia que también puede alcanzarse por otros cauces distintos⁴³.

42 Margarita Beladiez R., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, p. 110.

43 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N.º 2009-380, de fecha 12 de marzo de 2009, caso: *Auristela Villaroel de Martínez contra el*

Beladiez sostiene que el derecho “no sólo va a garantizar la conservación de los actos jurídicos cuando éstos no hayan incurrido en ninguna infracción del ordenamiento jurídico, sino que su conservación estará también garantizada, aun cuando el acto incurra en graves vicios, si a pesar de ello es preciso conservarlo para salvaguardar el otro valor jurídico más importante que el de la legalidad”⁴⁴. Para la referida autora, lo importante es que se conservará el acto en la medida que otros derechos no resulten agredidos con una posible anulación. Lo que debe hacerse en ese caso es procurar ponderar los efectos de la nulidad del acto con respecto a: i) los fines alcanzados; ii) los intereses en juego y, especialmente, iii) los derechos subjetivos que resultarán afectados⁴⁵, pero jamás soslayar la seguridad que brindan las formas por mor de una supuesta justicia material.

Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI); disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/MARZO/1478-12-AP42-R-2005-000931-2009-380.HTML>

44 Margarita Beladiez R., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, op. cit., p. 43.

45 Alejandro Nieto, realizando un estudio preliminar a la obra de Beladiez, expuso importantes consideraciones en torno a las diferencias entre invalidez e ilegalidad del acto administrativo, indicando a propósito de ello, que: “el ordenamiento jurídico se encuentra presionado por dos impulsos que pueden ser contrapuestos: de un lado quiere que la legalidad sea respetada y, por ende, sanciona con la invalidez a los actos que la infringen; pero, de otro lado, quiere que la administración consiga sus fines y, por ende, mantiene los actos que puedan alcanzarla. Ahora bien, como estas pretensiones pueden resultar incompatible se impone el sacrificio de una en beneficio de la otra. El dilema no es fácil de resolver pues la aplicación implacable de un solo principio resultaría perturbadora. Si la ilegalidad arrastrara siempre la invalidez, quedarían sin alcanzar ciertos fines públicos y padecería la eficacia administrativa. Pero si, por el contrario, la ilegalidad no fuera sancionada nunca con la invalidez saltaría por los aires el estado de derecho y hasta es posible el Estado y el derecho a secas. En estas condiciones se impone una formula elemental de compromiso: **ponderando las circunstancias del caso en unos supuestos se dará preferencia a la legalidad sacrificando a ella los fines, mientras en otros se sacrificará la legalidad para que el acto, por muy grave que sean sus vicios pueda alcanzar los fines propuestos**”. Cfr. Alejandro Nieto, “Estudio preliminar”, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, p.10-11. (Destacado nuestro).

Lo cierto es que no se justifica la no sustanciación de un procedimiento administrativo cuando la norma así lo exige. La ponderación ejecutada por la Corte está mal realizada, toda vez que la ausencia de un procedimiento como requisito formal para la emisión de un acto, cuya ausencia acarrea su nulidad no puede desecharse por una supuesta tutela judicial efectiva y por una inverosímil tramitación de un procedimiento disciplinario en sede jurisdiccional.

A propósito de la aviesa situación antes descrita, Ramos y Lara la justifican a tenor de lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴⁶, esto es, el principio de conservación de los actos administrativos⁴⁷. Para estos autores, la conservación del acto de “destitución” se debió a que el funcionario había sido condenado penalmente y que, por ende, se cumplió un fin legítimo al no anular el acto, toda vez que estaba probado plenamente la condena mediante sentencia definitivamente firme y que resultaría inoficioso ordenar la sustanciación de otro procedimiento cuando era evidente *“que la conclusión de este procedimiento sería imponer la misma sanción”*⁴⁸.

Como ya se ha precisado, nada justifica que la Administración no sustancie un procedimiento administrativo que la Ley así lo exige; y si del expediente se desprenden suficientes elementos de convicción que hacen presumir que el funcionario incurrió en una falta administrativa es la propia Administración que debe valorar circunstanciadamente los hechos;

46 Artículo 21. Si en los supuestos del artículo precedente, el vicio afectare sólo una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendrá plena validez.

47 Emilio Ramos G. y Lilians Lara A., “La conservación de los actos administrativos”, *Magistra: Revista de la Escuela Nacional de la Magistratura*, Caracas, 2012, p. 13.

48 Emilio Ramos G. y Lilians Lara A., “La conservación de los actos administrativos”, *op. cit.*, p. 36. Añaden que al haberse intentado el recurso contencioso funcional se subsanó la indefensión acaecida en sede administrativa. (p. 37).

además de ello, en el caso particular, el hecho que la persona haya sido privada de libertad no significa que dicha sanción se extienda al campo de derecho administrativo, más aún si se entiende que ambas responsabilidades son diferentes, al existir una autonomía en el plano sancionatorio⁴⁹.

En decisión N.º 2007-1666, de fecha 8 de octubre de 2007, caso: *Ircia Meradri Milano Rodríguez contra el Municipio German Roscio del Estado Guárico*⁵⁰, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, analizó en el segundo grado de jurisdicción una controversia en la cual se solicitaba la nulidad de la Resolución N.º 175-2004, de fecha 25 de noviembre de 2004, a través de la cual se revocó y dejó sin efecto una Resolución que le había otorgado el beneficio de jubilación a la recurrente, sin que para ello se le sustanciara un procedimiento administrativo.

49 La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que las sanciones disciplinarias adoptadas en sede administrativa no dependen para su imposición de la calificación jurídica como delito o falta que la jurisdicción ordinaria otorgue a la comisión del mismo hecho que originó el proceder de la Administración Cfr. sentencias Nros. 1507 del 8 de octubre de 2003, caso: *Juan Carlos Guillén Sánchez*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01507-081003-2002-0504.HTM> 1591 del 16 de octubre de 2003, caso: *Argenis Ramírez Escalante*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01591-161003-2002-0545.HTM>; 1012 del 31 de julio de 2002, caso: *Luis Alfredo Rivas*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01012-310702-12417.HTM>. Asimismo, en sentencia N.º 469 del 2 de marzo de 2000, caso: *Manuel Maita y otros Vs. Ministerio de la Defensa*, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/469-020300-14227.HTM> la Sala dispuso que un mismo hecho puede dar lugar a sanciones de naturaleza distinta, por lo que una falta sujeta a sanción en sede administrativa, no depende para su imposición de la comprobación previa ante la jurisdicción ordinaria de que se ha cometido delito. Para Alejandro Nieto en concatenación de lo anterior: “*el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal*”. Cfr. Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1994, p. 29.

50 Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/OCTUBRE/1478-8-AP42-R-2006-000807-2007-1666.HTML>

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consideró que la Resolución objeto de impugnación se encontraba ajustada a derecho a pesar de haber incurrido originariamente en un vicio de forma que originó la violación del debido proceso y al derecho a la defensa de la querellante. A su criterio, la jurisdicción contencioso administrativa no debe limitarse a la constatación de posibles vicios de forma que acarrear la nulidad del acto pues con ello escaparía del control jurisdiccional un pronunciamiento sobre el aspecto de fondo que contiene el mencionado acto; siendo que en muchas oportunidades, en atención a las actuaciones que obren en autos, existen elementos de juicio suficientes que permiten al juzgador emprender una actividad que atienda a realizar un control integral del acto recurrido en sede judicial y no de sus elementos meramente *formales*.

Consideró la Corte que no se sacrificará la justicia material frente a la justicia formal, en el sentido que si se opta por anular el acto y ordenar a la Administración a dictar otro acto sólo daría lugar a una cosa juzgada que únicamente ampara la nulidad de la Resolución impugnada en lo que respecta a la existencia del vicio formal relativo a la ausencia absoluta del procedimiento administrativo; más no ampara la situación jurídica material sobre la cual realmente recae la controversia, por cuanto si se opta por la emisión de una decisión de contenido formal, ni la recurrente ni la recurrida obtendrían decisión alguna acerca de la legitimidad de la jubilación de la recurrente, es decir, sobre el tema de fondo, situación que, a su criterio, no satisface el derecho constitucional a tutela judicial efectiva.

Para Buitrago, haciendo alusión al fallo *ut supra* citado, en el caso de la indefensión derivada de la ausencia de un procedimiento previo como vicio formal del acto administrativo capaz de acarrear su nulidad (por motivos formales), en contraposición de un supuesto sacrificio de la justicia material dirigida a satisfacer las pretensiones de las partes en conflicto, señaló

que el concepto de *forma*, desde el punto de vista del derecho, atiende a la manera en la cual debe procederse para emitir una declaración de voluntad, constituyendo una garantía exigida por el ordenamiento jurídico para resguardar la validez de la actuación y el respeto de los derechos⁵¹.

Por tal motivo, añadió que los distintos trámites de un procedimiento constituyen un medio para garantizar que la Administración actúe respetando el derecho de defensa de los administrados, *“por lo que la indefensión se produce cuando el titular del derecho o interés discutido se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa y, desde esta perspectiva, puede asimilarse entonces a un aspecto de naturaleza formal”*⁵².

Tomás R. Fernández, citado por Beladiez, alude a que la indefensión es un concepto relativo que exige colocarlo bajo una perspectiva dinámica o funcional, es decir, que permita contemplar el procedimiento en su conjunto *“y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia en las que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vistas”*⁵³ y, añade el catedrático español, que: *“[el] recurso contencioso-administrativo, en fin, ofrece igualmente nuevas oportunidades de aportar datos y elementos de conocimiento que permitan contristar, en definitiva, la corrección sustancial de la decisión administrativa con la legalidad material aplicable al supuesto debatido”*⁵⁴.

El criterio sostenido por Fernández es esclarecedor, en la medida que la relatividad de la indefensión, examinada

51 Dasmery Buitrago, “La relativización del derecho a la defensa frente al principio de conservación del acto administrativo”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, N.º 133, 2009, p. 130 y s.

52 *Ídem*.

53 Margarita Beladiez R., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, op. cit., p. 112.

54 *Ídem*.

bajo una perspectiva dinámica, comporta necesariamente la sustanciación de un procedimiento y que, al compás del escrutinio de sus actas, se determine qué actuaciones dejó de realizar la Administración para considerar que se quebrantó el debido proceso y el derecho a la defensa; por cuanto, de lo contrario, habría operado una vía de hecho. Adicionalmente, que se entienda a la vía jurisdiccional como otra oportunidad de defensa no significa bajo ningún concepto que la Administración tenga licencia para omitir la realización de procedimientos, en el malentendido que el ciudadano tiene abiertas las posibilidades de interponer el recurso contencioso administrativo.

El problema de las decisiones arriba citadas es la injustificada aceptación de la no realización de un procedimiento administrativo cuando su cauce formal era necesario, aduciendo que bastaría exclusivamente para legitimar el acto que el interesado haya intentado los recursos en vía jurisdiccional en los que se expongan argumentos para procurar su revisión. Este es un claro ejemplo de como la fórmula de la *justicia material* mal canalizada inficionan aquellas formas procedimentales que tienen como finalidad resguardar el debido proceso. Otro gran escollo que subyace a los criterios *supra* citados es el concerniente a esa posición más activa y negadora de la Ley que adoptó el Juzgador, por cuanto, no sólo echó por borda todas las reivindicaciones sociales y libertarias frente al poder del Estado y más precisamente de la necesidad y competencias de la jurisdicción contencioso administrativa como fiscalizadora de la actuación de la Administración Pública.

VIII. LA POTESTAD INSPECTORA Y LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS EN BLANCO

En materia tributaria se ha verificado una situación muy similar a la arriba descrita, se ha degradado la *forma* por la invocación de criterios *justicia*. Los procedimientos de inspec-

ción en materia tributaria se componen de cuatro (4) actos esencialmente: *i)* acto autorizatorio; *ii)* acta de requerimiento; *iii)* acta de recepción; y *iv)* acta de conformidad o reparo; sin embargo, es la Providencia autorizatoria el acto de mayor relevancia dentro de los procedimientos que componen la potestad inspectora, puesto que, más que troquelar su inicio, fundamentalmente, definen a las personas o sujetos pasivos que deberán soportarla, los tributos, períodos y funcionarios acreditados para intervenir.

Que exista un acto autorizatorio en el que se definan los elementos relativos a: identificación del contribuyente, períodos a inspeccionar, funcionarios actuantes, tributos, domicilio, entre otros, garantiza la “legitimidad” de la actuación fiscal. La providencia de inicio en la fiscalización tiene función: *i)* **autorizatoria**: el fiscal, sin permiso, no puede actuar; y *ii)* **delimitadora**: el fiscal solo puede ejercer su competencia dentro de los límites señalados por la providencia.

Ahora bien, una de las perversiones que se producen en los procedimientos de inspección en sede del contribuyente, tienen lugar por la falta de habilitación de parte del funcionario del fisco. Éste de forma ignominiosa se apersona a la sede o dirección donde funciona el negocio del contribuyente, con un documento que, según señala, lo autoriza para realizar la inspección respectiva. Este acto al cual nos referimos, es una hoja contenida bajo un formato pre-impreso en el cual el fiscal llena a mano todos los datos esenciales exigidos por el Código Orgánico Tributario⁵⁵ para que la misma sea válida *ad initio*. A pura fuerza y matonismo se practica la inspección. A estos documentos los ha denominado la doctrina como: *providencias administrativas en blanco*.

Ello así, con el objeto de graficar el vaivén jurisprudencial sufrido en torno a las providencias administrativas en blanco,

55 Decreto N.º 1.434, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario.

resulta oportuno realizar el recorrido cronológico que hasta ahora se ha producido.

La Sala Político Administrativa en sentencia N.º 00568 de fecha 16 de junio de 2010, caso: *Licorería El Imperio*⁵⁶ imputó de forma cavilosa severas críticas a la poco ortodoxa y, especialmente, incorrecta forma de ejecutar las inspecciones, sepultando cualquier intento de los funcionarios de hacienda, bajo una condena de nulidad absoluta de lo actuado, de iniciar esta clase de inspecciones con providencias administrativas en blanco.

Sin embargo, la misma Sala en sentencia N.º 00901, de fecha 30 de julio del 2013, caso: *Operadora Binmariño, C.A.*⁵⁷ estableció que la modificación de los parámetros bajo los cuales fue dispuesto el acto autorizatorio, básicamente, en razón de la ampliación de los períodos a investigar, no comporta la violación del derecho a la defensa, ni tampoco supone la manifestación del vicio de incompetencia de los funcionarios actuantes, siempre y cuando el funcionario ponga de manifiesto la argumentación que haya motivado el reparo respecto de los ejercicios impositivos ampliados y la haya hecho de su conocimiento al contribuyente.

Por último, la Sala Político-Administrativa, mediante la sentencia N.º 01530 del 6 de noviembre de 2014, caso: *Pan Pasteles Colonial C.A.*⁵⁸, terminó por proteger las providencias autorizatorias en blanco y justificó las circunstancias para validar que, en las mismas, los datos de identificación del contribuyente, así como su registro de información fiscal y domicilio aparecen escritos a mano. A Criterio de la Sala dicha situa-

56 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00568-16610-2010-2009-0417.HTML>

57 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00901-30713-2013-2012-1119.HTML>

58 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/171076-01530-61114-2014-2014-0886.HTML>

ción no posee la suficiente entidad como para producir la nulidad absoluta de la misma y, por consiguiente, de las sucesivas actuaciones fiscales.

Arguye el referido órgano jurisdiccional, que tal defecto ha sido subsanado y convalidado por los actos administrativos posteriores, vale decir, por la Resolución de Imposición de Sanción y, luego, por la Resolución dictada por el Gerente Regional del referido Servicio, al conocer y decidir el recurso jerárquico interpuesto por el recurrente, los cuales ratifican la voluntad de la Administración Tributaria de realizar el procedimiento de inspección.

En ese sentido, esa desformalización que sufre la inspección en pro de ingresar y registrar domicilios y establecimientos, amenguando el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, exige de parte de la Administración que los requisitos mínimos que consagra el COT, sean en toda su dimensión, extensión y alcance, absolutamente respetados. Es inconstitucional que los funcionarios de la Administración Tributaria utilicen providencias en blanco en formatos pre impresos y decidan sin ningún tipo de control realizar actos de inspección, es decir, sin haber sido autorizada por la autoridad competente para ello, sin motivar el acto, sin establecer que se explorará e investigará, dejando a los contribuyentes con un marasmo de incertidumbre, antes de la inspección, durante su realización y cuando finalice la misma, al desconocer lo que contendrá el informe final.

IX. LA NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA POR CRITERIOS DE JUSTICIA MATERIAL

Mediante sentencia N.º 00787 del 3 de julio de 2013, caso: *Pepsi-Cola Venezuela, C.A.*⁵⁹ dictada por la Sala Político-Admi-

59 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00787-3713-2013-2012-1665.HTML>

nistrativa del Tribunal Supremo de Justicia, fueron relajadas las condiciones que debe contener toda notificación en materia tributaria. En efecto, la notificación para que sea válida necesita del cumplimiento de ciertas condiciones consagradas en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo tanto, la ausencia de alguno de ellos hace que la misma resulte defectuosa, a tenor de lo establecido en el artículo 74 del aludido instrumento normativo, que dispone: *“Las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto”*. La principal consecuencia de la norma anterior es que, en el caso de una notificación defectuosa, no empiezan a correr los lapsos de caducidad.

En el presente caso, el interesado interpuso el recurso contencioso tributario de forma intempestiva, pero la notificación era defectuosa al carecer de la indicación de los órganos o tribunales ante los cuales debía interponerse el recurso, en el entendido que dicho acto de carácter particular afectaba sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos; por lo tanto, conforme a lo consagrado en el artículo 74 *ut supra* citado la notificación era defectuosa y no surtía efectos. Sin embargo, la Sala Político Administrativa decidió corregir la norma y darle un sentido diferente al que expresa su enunciado y, por cuanto, el recurrente intentó de forma extemporánea el recurso la Sala entendió que estaba caduco. La Sala volvió sobre el ominoso choque entre forma y materia al disponer que uno no puede ser el predicado de otro, en los términos siguientes:

Además, los efectos de la notificación no pueden analizarse aisladamente o de forma autónoma, de espaldas a su interés o finalidad, por cuanto concebirlo de esa manera supondría reducir los criterios de justicia material a ser un predicado de las formas. Es por ello que, cada caso en particular nos indicará si la forma, como garantía que tiende a la realización de un fin, es efectiva-

mente cumplido, pretendiendo primariamente arbitrar un conjunto de condiciones para procurar que ciertos derechos de los Administrados sean consecuentemente respetados.

En el caso anterior, la consecuencia lógica hubiera sido declarar la admisibilidad del recurso en virtud del defecto de la notificación, sin que importase si realmente se interpuso de manera extemporánea. Pero de nuevo se invoca la *justicia material* para socavar la *importancia de las formas* para la fiscalización de las actuaciones de la Administración que redundan en el fortalecimiento del Estado de derecho y principios democráticos.

X. SANTO TOMÁS DE AQUINO Y LAS FORMAS

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, es oportuno dar cuenta de lo que Santo Tomás de Aquino entiende por forma y materia de manera que entendamos las implicaciones filosóficas de contraponer ambos conceptos, inclusive en el marco de una controversia judicial.

Para Santo Tomás la forma es el acto de la materia, y esta última llega a ser de hecho como un existente y se constituye así en algo determinado; por ello, algo sobreañadido no daría a la materia simplemente el ser acto, pero es tal acto, como hacen los accidentes; como la blancura hace que algo sea blanco. Por tanto, cuando se adquiere tal forma, no se habla de simple generación, sino sólo de cierto modo (o bajo cierto aspecto).

A criterio de Gómez Danés, ambos principios unidos (materia y forma) dan lugar a la *esencia del ente*, en cuanto subsistente. La materia habla de qué es, mientras que la forma se refiere a la existencia y a la composición material que la sigue (pues la materia es delimitada por la forma). Agrega este autor, que: “*en la unión de Materia y Forma no se coloca la esencia como una tercera*

*realidad, sino es la misma unión de entre ambas, y surge inmediatamente, sin orden cronológico*⁶⁰.

Con fundamento en los principales elementos de los casos planteados, pudiéramos identificar al proceso o procedimiento como *esencia*, siendo que en rigurosidad formal se conceptualiza como todos los actos que realizan las partes en contradictorio a los fines de la emisión de un acto final; ahora bien, *las formas*, dentro del proceso o procedimiento, son todas aquellas condiciones de modo, tiempo y lugar necesarias para su realización; y por último, la materia será el resultado de su desarrollo a partir de las formas, vale decir, el producto del proceso o procedimiento a partir de su ejecución (Acto). Por lo tanto, sobre la base de las consideraciones de Santo Tomás entender que existe materia sin forma y viceversa, es una *contradictio in adiecto*.

Para Aristóteles potencia y acto se identifican respectivamente con materia y forma: no hay potencia que no sea materia, ni acto que no sea forma. A diferencia de Aristóteles, Santo Tomás además de la materia y la forma, también considera que la esencia y la existencia se encuentran en una relación de potencia y acto⁶¹. Así las cosas, contrario a lo que han hecho los tribunales, intentar disgregar conceptos que no pueden separarse sin que exista una ruptura, es una operación escasamente fundada.

Otra consideración interesante que realiza Santo Tomás, está vinculada con las diferencias entre el género y la especie. En ese sentido, señala que el género y la especie y la diferencia tengan en sí proporción a la materia, a la forma y al compuesto en la naturaleza, aun cuando no se identifiquen (no sean uno) con ellos; ya que ni el género es la materia, sino se toma de la materia para significar el todo; ni la diferencia es la forma, sino

60 De Aquino, Santo Tomás, *El ente y la esencia*, op. cit.

61 Universidad Pedagógica Experimental Libertador, *Introducción a la filosofía*, Talleres de Encuadernación Dulia, Caracas, p. 136.

que se asume desde la forma para significar el todo⁶². Es decir, siendo que la forma es perfección, será esta la que delimite lo que las cosas son, al punto que con la forma se identifica.

Diría Santo Tomás que la designación de la especie respecto del género es por las formas, la designación del mismo individuo respecto de la especie es por la materia; por tanto, es oportuno que el nombre signifique aquello donde se obtiene la naturaleza del género dejando fuera la forma determinada que perfecciona la especie; es preciso que signifique la parte material del todo, así como el cuerpo es parte material del hombre⁶³.

La forma da el ser de la materia, diría Santo Tomás, por ello es imposible, señala, que haya alguna materia sin forma. Este corolario es fundamental para entender la relación consustancial entre ambas nociones, en las que, como se ha precisado desde el plano procesal han querido ser deslindadas; inclusive, habría aducido el filósofo medieval, sin que signifique una contradicción, que *no es imposible* que exista alguna forma sin materia; la razón de la aseveración anterior, responde a que la forma no tiene dependencia de la materia, pero si se encuentra alguna forma que no pueda ser sin o en la materia, esto sucederá en aquéllas sí subsistentes sin materia. Así la forma, según todo su género, no necesita materia; como está dicho y de su modo de forma son inteligencias; y por tanto, no es necesario que la *“esencia o quiddidad de tales substancias sea otra que la misma forma”*⁶⁴.

Con lo que respecta a los accidentes también son interesantes las ideas que propone Gómez Danés, orientado por las ideas de Santo Tomás. Este autor indica que los accidentes siguen desde la forma, o siguen desde la forma y materia, pero jamás siguen desde sólo la materia (pues si siguieran desde

62 De Aquino, Santo Tomás, *El ente y la esencia*, op. cit., p. 14.

63 *Ídem*.

64 *Ibídem*, 58-59.

sólo la materia no tendrían determinación alguna y no podrían ser conocidos)⁶⁵.

Para explicitar su afirmación señala que, si siguen la *forma específica* masculina o femenina, pero es removida la forma animal, no permanecen, dejarían de ser; otros siguen la materia según el orden que hay en la *forma general*, “por lo que removida la forma especial permanecen, como la blancura o la negrura”. Los accidentes que siguen desde la forma son propios ya del género, ya de la especie, y están en todos los que entran en igual especie y género⁶⁶.

Si hacemos una revisión, lo que se está haciendo en el derecho a partir de una división entra la materia y la forma, diremos que no es posible pretender acreditar autonomía a la materia si la misma no viene acompañada de la forma.

Por último, el cumplimiento de las formas dentro de cualquier procedimiento administrativo o judicial, permite garantizar que las condiciones de modo, tiempo y lugar se garanticen durante su ejecución, y no resultaran vulnerados determinados derechos de los ciudadanos. Lo que ha venido haciendo la jurisdicción contenciosa administrativa es alterar perjudicialmente principios democráticos y fracturar el Estado de derecho al señalar que no existe un procedimiento administrativo en la medida que la pretensión del ciudadano no se compadezca con los intereses del Estado.

65 *Ibidem*, 123.

66 *Idem*.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Rafael Badell Madrid¹

Resumen: En Venezuela la justicia administrativa tiene rango constitucional y forma parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. Está dirigida a controlar y garantizar el sometimiento a derecho de todos los actos sub-legales, contratos, actuaciones materiales y hechos de los órganos del poder público, así como a proteger los derechos e intereses de los particulares afectados por la actividad administrativa. Este estudio parte del análisis de su origen y evolución histórica, para luego hacer referencia a su regulación en Venezuela, constitucional, legal y jurisprudencial y formular algunas consideraciones sobre la justicia administrativa desde los puntos de vista sustantivo, orgánico y procesal.

Palabras Clave: Justicia administrativa. Tutela judicial efectiva. Jurisprudencia. Jurisdicción. Proceso contencioso administrativo.

Summary: The administrative justice system in Venezuela is established in the Constitution and is also safeguarded in the fundamental right to jurisdictional protection, effective judicial protection. Its main aim is to oversee and guarantee the submission to law of all administrative acts and regulations, contracts of all the institutions within the public power, as well as to protect the rights and interests of individuals affected by the administrative activity. This study analyzes the origin and historical-constitutional evolution, refers to its constitutional, legal and jurisprudential regulations and formulates some considerations

1 Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello (1982). Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau, 1986. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

on the administrative justice from the substantive, organic and procedural standpoint.

Key words: *Administrative justice. Effective judicial protection. Jurisprudence. Jurisdiction. Contentious administrative process.*

Recibido: 29 de junio de 2019 Aceptado: 10 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Consideraciones generales sobre la justicia administrativa
- III. Origen y evolución de la justicia administrativa
- IV. ¿Qué es la justicia administrativa?
- V. Régimen jurídico del contencioso administrativo
- VI. Los poderes del juez contencioso administrativo en Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) ha tenido la muy afortunada idea de dedicar este número a rendir homenaje al Dr. Luis Henrique Farías Mata, Maestro del derecho público venezolano y uno de los que más contribuyó a la creación, consolidación y desarrollo de la justicia administrativa en Venezuela. Me sumo con júbilo a este homenaje a mi gran maestro y para ello he decidido formular algunas consideraciones sobre la justicia administrativa en Venezuela, tema sobre el cual ya he trabajado en otras oportunidades², y al que se dedicó con intensidad y éxito quien hoy rendimos homenaje.

2 Véase: Rafael Badell Madrid, "Comentarios acerca de los motivos de impugnación en el contencioso administrativo, en *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1993; "Tendencias del Contencioso Administrativo en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1999", conferencia dictada en el Seminario Dr. Eduardo García de Enterría en la Universidad Complutense. Madrid, España-2002; y "La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Venezuela", en *I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Homenaje al Dr. Israel Argüello Landaeta*, conferencia dictada en el Colegio de Abogados del Estado Zulia. Mayo de 2012. Artículos disponibles en: <http://badellgrau.com/>

En Venezuela, la justicia administrativa está regulada, en primer lugar, en el artículo 259 de la Constitución de 1999³, con antecedente en el artículo 206 de la Constitución de 1961, el cual disponía en términos muy similares a los actuales⁴, los órganos y las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa y establecía, por primera vez, la potestad de los jueces contencioso-administrativos de disponer lo necesario para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionada por la actuación de la administración.

De otra parte, a nivel legal, la jurisdicción contencioso administrativa está regulada especialmente por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)⁵ que determina el régimen de competencias de los tribunales contencioso-administrativos, los medios de impugnación y los procesos judiciales de primera instancia (demandas de contenido patrimonial; procedimiento breve para actuaciones de vías de hecho, servicio público y abstención o carencia; y el procedimiento común para la nulidad de los actos administrativos, interpretación de leyes y controversias administrativas) y los de segunda instancia (apelación); así como el procedimiento para la ejecución de las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos, que condenen a la administración al pago de sumas de dinero o a obligaciones de hacer o no hacer.

3 Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N°5.453 de fecha 24 de marzo del 2000. Última Enmienda publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908 del 19 de febrero de 2009.

4 Artículo 206. *“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”*

5 Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010.

También, el sistema de justicia administrativa ha sido informado y ha evolucionado en razón de la jurisprudencia. Ciertamente que además de las regulaciones constitucionales y legales –e inclusive anteriores a ellas– el contencioso administrativo venezolano es producto de una serie de decisiones judiciales que lo explican, lo caracterizan y complementan.

Es precisamente en ese desarrollo jurisprudencial, además de su actividad académica de más de 50 años, donde se hallan los aportes extraordinarios del maestro al que rendimos homenaje. Efectivamente, el Dr. Luis Enrique Farías Mata desde su posición de Magistrado de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, fue autor y responsable de una extraordinaria línea jurisprudencial referida a los grandes temas del derecho administrativo: contrato administrativo, acto administrativo, responsabilidad del Estado y control de la actividad administrativa.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Dentro del derecho administrativo el tema “justicia administrativa” puede ser estudiado desde tres puntos de vista. Primero, puede explicarse la materia desde el aspecto sustantivo para referirnos a la importancia, finalidad y propósito de esa justicia como forma de controlar el ejercicio del poder, en cuanto a la función administrativa, y someterlo a derecho.

Luego, la aproximación al asunto puede ser hecha a través del análisis del aspecto orgánico, cuando se estudia la jurisdicción contencioso administrativa, en nuestro caso encabezada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y compuesta, además, por otros tribunales generales, especiales y eventuales que la conforman y, por último, en tercer lugar, estudiamos también el tema desde el

aspecto procesal para determinar los medios de impugnación, las reglas procesales que gobiernan cada uno de esos medios de impugnación y los poderes del juez en la sustanciación de las acciones o recursos, en la decisión y en la ejecución de su fallo.

En primer lugar entonces, desde el examen sustantivo sabemos que la justicia administrativa es esencial para que exista el Estado de derecho y está unida al nacimiento del derecho administrativo. La justicia administrativa deriva del empeño en controlar el ejercicio arbitrario del poder. Es, junto a la separación de poderes, al principio de legalidad y al del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, el fundamento del Estado de derecho.

La justicia administrativa resulta de la lucha por el establecimiento de un Estado de derecho. Es el instrumento que permite reducir y eliminar las inmunidades y exclusiones del ejercicio del poder y someterlo al control jurisdiccional⁶.

El principio de la legalidad que deriva del Estado de derecho, es decir, la idea de que el ejercicio del poder debe someterse a derecho, bloque de la legalidad, tiene como consecuencia inmediata la garantía judicial de los administrados frente a los actos, hechos, contratos y las actuaciones administrativas, cuya organización y desarrollo da origen a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si bien se reconoce que la administración pública está investida de prerrogativas extraordinarias que le permiten llevar adelante sus actuaciones de coacción, prestacionales y todas las de interés general, también es cierta la necesidad de reconocer a los administrados derechos y garantías que *no pueden ser violados sin que ello dé lugar a una reacción tendente a*

6 Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomo I, Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998. p. 18.

*su restablecimiento*⁷, y esta reacción, precisamente, es *la posibilidad de que el Juez administrativo someta a derecho la actuación de la administración llevada adelante en exceso de lo permitido por la ley*.

Lo que justifica la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa es la garantía en beneficio de los interesados y del interés general, del estricto sometimiento a derecho de las actuaciones de la administración pública y, en general, de todos los órganos del Estado que de alguna manera cumplan funciones administrativas.

Es por ello que además de la función de controlar la legalidad administrativa, la jurisdicción contencioso administrativa constituye un medio para actualizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a la administración y de proteger sus derechos ante las lesiones sufridas como consecuencia de cualquiera de las actuaciones administrativas, “La primera exigencia del principio de tutela jurisdiccional es la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión cualquiera que sea su fundamento y el objeto sobre el que verse”⁸.

Este derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho de toda persona “a que se le haga justicia”⁹, despliega sus efectos en tres momentos distintos, a saber: “primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada

7 José Araujo Juárez, “El contencioso administrativo y la protección de los derechos humanos”, en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1995. p. 646.

8 Cfr. Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, ob. cit. p. 18.

9 Y que supone que toda pretensión frente a otro -incluyendo un organismo del Poder Público- fundada en el ordenamiento jurídico sea atendida por un órgano estatal independiente, en un proceso investido de garantías que hagan posible una defensa adecuada.

sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos”¹⁰. En palabras de García de Enterría y Fernández, “si la tutela ha de ser efectiva, la jurisdicción ha de ser, en consecuencia, también plena”¹¹.

Desde el punto de vista orgánico observamos una jurisdicción que conforme al artículo 259 de la Constitución corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley y que es competente para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

La jurisdicción contencioso administrativa dentro del Estado de derecho implica la existencia de un organismo estatal, independiente, neutro e imparcial frente a la voluntad del propio Estado, dotado de poderes para determinar las consecuencias de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las actuaciones de los órganos del poder público y de la lesión de los derechos subjetivos, y, de ser el caso, para restablecer el orden jurídico perturbado¹².

De conformidad con la Constitución y la LOJCA (artículos 11 y 12), conforman la jurisdicción contencioso administra-

10 González Pérez resume estos tres momentos en “Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”. Cfr. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001. p. 57.

11 Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón, Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, cuarta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993. p. 568.

12 Antonio Moles Caubet, “El sistema contencioso administrativo venezolano en el derecho comparado”, en A.A.V.V., *Contencioso administrativo en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981. p. 12.

tiva en Venezuela, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, los Juzgados Nacionales, los Juzgados Superiores y los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; así como también la jurisdicción especial tributaria, cuyo régimen especial está previsto en el Código Orgánico Tributario; y la jurisdicción especial electoral, regulada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)¹³.

También podemos referirnos a una jurisdicción contencioso administrativo eventual, esta es, tribunales que siendo competentes para otros asuntos, civiles o mercantiles, eventualmente, por así disponerlo la ley, asumen competencias de control de la legalidad de la actuación administrativa. Es el caso de los tribunales civiles cuando, por así mandarlo la ley, asumen la competencia para sustanciar y decidir los juicios de expropiación.

Teniendo en cuenta que, como dijo Moles Caubet, “Cada derecho sustantivo genera su propio derecho adjetivo”¹⁴, desde el aspecto procesal estudiamos los medios de impugnación regulados en la ley que la rige y que tiene como finalidad otorgarle a los administrados garantías frente a los poderes de los órganos administrativos.

En efecto, el ordenamiento jurídico establece y regula varios medios de impugnación que incluyen la demanda de nulidad de actos de efectos particulares y generales, demanda de interpretación de leyes, demanda de controversias administrativas, los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, las demandas por vías de

13 Gaceta Oficial N°39,522 de fecha 1 de octubre del 2010.

14 Antonio Moles Caubet cit. por Armando Rodríguez, “Medios de impugnación”, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo III, Tribuna Jurídica de Venezuela, Barquisimeto, 1993. p. 145.

hecho, las demandas por abstención y las demandas de contenido patrimonial.

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

1. Origen

El origen del derecho administrativo y de la justicia administrativa es consecuencia y resultado indirecto de la revolución francesa. La justicia administrativa ha tenido su génesis en circunstancias peculiares de la historia de Francia que derivaron de las luchas de los revolucionarios por el respeto y la garantía de los derechos de los ciudadanos (libertad, igualdad, propiedad, etc.), frente al ejercicio arbitrario del poder y que resultaron en la idea de someterlo a un régimen de derecho que determinara las vías y los medios por los cuales lograr sus fines, y posteriormente, crear un sistema que garantizara e hiciera efectivo dicho sometimiento del poder a la ley¹⁵.

El derecho administrativo surgió del cruce entre los principios de legalidad de la administración y el de libertad, posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades. Se sometió a la administración en su organización y funcionamiento al imperio de la ley¹⁶ –como expresión de la voluntad general– y se reconoció al ciudadano, principio de libertad,

15 José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell hermanos Editores, Valencia-Caracas, 1996. p. 22.

16 En efecto, “La poderosa administración que surge de una manera un tanto sorpresiva de la Revolución francesa, adviene porque ha absorbido todos los poderes que coexistían con el Rey absoluto, porque ha establecido la centralización y porque va a tener que organizar todo un vasto sistema de servicios públicos para hacer frente a la igualdad de condiciones que la Revolución instaure”, sin embargo, explica García de Enterría que se propugnó igualmente que “Esta Administración va a tener que ser a partir de ahora, y esta es una novedad formidable en la historia del Derecho, una Administración legalizada, organizada desde la Ley y cuya función es servir los intereses generales, pero dentro de los ámbitos que la Ley de una manera previa le reserva”. Cfr. Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1989. Pp. 35-36.

como titular de un conjunto de derechos fundamentales¹⁷ (no como un simple destinatario de la acción administrativa, no como un “simple instrumento del poder”)¹⁸.

La revolución francesa como reacción contra la estructura política del Estado absolutista, partió de la construcción de nuevos ideales sobre la concepción jurídica y política que todo Estado ha de comprender para preservar los derechos de los ciudadanos. El fundamento del movimiento revolucionario era el de reconocer ciertos principios fundamentales no admitidos hasta ese momento, tales como: el de separación de los poderes, el principio de la legalidad, y la aceptación de los derechos ciudadanos (libertad, igualdad, propiedad, etc.), materializándose concretamente en la separación de las funciones judiciales y administrativas.

Esos principios trajeron como consecuencia el concepto de acto arbitrario, es decir de acto contrario a la ley y de acto que podía lesionar el régimen de libertades y, en consecuencia, su necesario enjuiciamiento. Tengamos en cuenta el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, según el cual “Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine es arbitrario y tiránico; aquél contra quien se quisiese ejecutar por la violencia tiene derecho a repelerlo por la fuerza.” De esta forma, la evolución del asunto consistió, como lo dice García de Enterría, en convertir el viejo derecho a la resistencia en una acción judicial nueva, por medio de la cual se examine el acto

17 El derecho administrativo surgió como una manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo, siendo el verdadero fin de esta Revolución “asegurar la *liberté du citoyen*, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente”. Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón, Fernández, *Curso de derecho administrativo*, ob. cit. p. 422.

18 Véase Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. Pp. 36-37.

arbitrario del agente público, se le anule y se ordene el restablecimiento de las libertades injustamente afectadas¹⁹.

Paradójicamente fue a partir de estos ideales, que “el contencioso-administrativo se organizó históricamente sobre la base explícita de una exención judicial del Ejecutivo”²⁰. En efecto, estos principios –interpretados conforme al contexto post revolucionario– fueron los que produjeron un sistema en el cual la propia administración se enjuiciaba a sí misma²¹.

Esto ocurrió de esta curiosa forma por el temor de que los nobles pudieran entorpecer las reformas revolucionarias que se llevarían adelante, y en general, la acción administrativa del futuro régimen. Se ensayó entonces una interpretación estricta y rígida, diríamos más bien acomodada, del principio de separación de poderes ideado por Montesquieu, conforme al cual las leyes post revolucionarias en Francia prohibieron a los órganos del poder judicial enjuiciar la actuación de la administración.

Según Jesús González Pérez, se trató de una interpretación errónea del principio de división de poderes, motivada por circunstancias históricas y contingentes, que derivó en lo que él llama “monstruosa construcción revolucionaria”, que no era más que la “independencia de la administración frente a los Tribunales”²².

Para imponer la peculiar interpretación del principio de separación de poderes se dictó la Ley de “Separación” (Ley 16-24, de agosto de 1790) por medio de la cual se estableció que “*Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separa-*

19 Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón, Fernández, *Curso de derecho administrativo*, ob. cit. p. 548.

20 Vid. Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. p. 19.

21 Ibídem, p. 20.

22 Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992.

das de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones"²³.

El antecedente inmediato de esa "Ley de Separación" fue la Ley del 22 de diciembre de 1789, que ya había prohibido de forma expresa la injerencia de los parlamentos (que eran los tribunales competentes en materia civil compuestos por la clase social noble y cuyos cargos procedían de la herencia de los oficios) y demás tribunales en las funciones administrativas. Obsérvese por otra parte, que el artículo 5º de la Constitución de 1791 dispuso: "Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones".

Sin embargo, para ser coherentes con otro de los postulados fundamentales del Estado de derecho producto de la revolución francesa, como es el principio de legalidad, fue resuelto por la Asamblea Constituyente que la *propia administración conocería de las reclamaciones de los administrados*, cuando estos estimasen que las autoridades administrativas se habían excedido en sus poderes legalmente otorgados. De manera que se comenzó a gestar un sistema de auto-control de la administración y su actividad, que conocería y decidiría de los excesos de las autoridades administrativas frente a los derechos de los administrados.

De esta forma, durante 1790 y 1800 la esencia de lo que hoy conocemos como justicia administrativa estuvo encomendada a la propia administración. Los litigios contra la administración escapaban del conocimiento de los tribunales -bajo el principio esencial según el cual "juzgar a la administración sigue siendo administrar"-, y se establecía que era el Rey, y

23 Posteriormente, la Ley de 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) dispuso: "*Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de Administración, cualquiera que sea su especie*". Existió claramente un recelo ante los jueces por su vinculación con el Antiguo Régimen.

luego los ministros, quienes conocían de tales causas, para no incurrir en denegación de justicia. Más tarde serían creados órganos colegiados que brindaban asesoría a la administración, para la resolución de litigios administrativos, especialmente el Consejo de Estado.

Hasta 1872, salvo el breve intervalo de la Segunda República Francesa, el Consejo de Estado careció de poder de decisión acerca de las reclamaciones formuladas contra la administración, la cual no estaba obligada a seguir las reglas de procedimiento que son necesarias para garantizar a las partes una averiguación imparcial de los hechos en que se basa la reclamación. No se trababa entonces de un verdadero tribunal, sino de un órgano consultivo de la administración. Sin embargo, en la práctica durante la etapa napoleónica se tuvo por costumbre acoger siempre las soluciones propuestas por el Consejo de Estado.

En efecto, en 1872 fue reconocido el Consejo de Estado como verdadero tribunal administrativo dotado de la facultad de decidir por sí mismo los recursos *en vez de limitarse a hacer una simple propuesta al órgano administrativo sobre como debía decidir*²⁴, carácter que conserva, en virtud de lo cual adquirió definitivamente el poder de decidir por sí mismo las reclamaciones intentadas contra el Estado²⁵.

24 Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. P. 21.

25 Cabe señalar que las modificaciones llevadas a cabo en Francia mediante la Ley del 30 de septiembre de 1953, perfeccionaron aún más el objeto jurisdiccional del sistema contencioso, pues presentan al Consejo de Estado como tribunal de segunda instancia y las antiguas Prefecturas Departamentales reciben el nombre de Tribunales Administrativos de Primera Instancia, los cuales pertenecían orgánicamente al Ministerio del Interior hasta 1989, que pasaron a estar bajo la dependencia del Consejo de Estado. Además, con la Ley del 31 de diciembre de 1987 se añadieron a la estructura de control de la administración, los tribunales de apelación de lo contencioso-administrativo, los cuales, pese a su denominación, tampoco estaban integrados orgánicamente al poder judicial, sino a la

España recibió el modelo del sistema contencioso administrativo francés en el siglo XIX, cuando encomendó –primero a través de la Constitución²⁶ y luego mediante la ley– a órganos no jurisdiccionales en sentido estricto, el aseguramiento efectivo tanto del principio de legalidad como del principio de la libertad de los ciudadanos. La instauración del sistema cobró efectividad en España con las Leyes del 2 de abril y 6 de julio de 1845, las cuales confiaron el contencioso a los Consejos Provinciales (con jurisdicción delegada y propia) y al Consejo de Estado (llamado Consejo Real en sus primeros tiempos) que proponía al Gobierno, sin vincularle, los llamados Reales Decretos de Sentencia. Este contencioso administrativo conocía en sus orígenes –de forma limitada– una serie de actos dispuestos expresamente en la ley, y se articulaba como una especie de segunda instancia respecto de una primera gubernativa o administrativa previa.

Más tarde, y luego de varios intentos fallidos de judicializar el contencioso administrativo, la Ley “Santamaría de Paredes” (13 de septiembre de 1888), reformó la justicia administrativa y dispuso un llamado sistema armónico que consistía en instituir “órganos jurisdiccionales con jurisdicción delegada”, pero en cuya constitución entrarían a la par personal judicial y personal administrativo²⁷. Esta ley, además, mantuvo el Consejo de Estado como órgano superior (hasta 1904 que se convierte en una Sala especializada del Tribunal Supremo, pero con peculiaridades) y dispuso una “Cláusula General” que admitía una tutela contencioso–administrativa sobre cualquier resolución administrativa.

administración. Cfr. Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. p. 22.

26 Véase la Constitución de Bayona, de estricta influencia napoleónica, que luego pasa a la Constitución de Cádiz, con fórmulas más asociadas al sistema anglosajón.

27 Véase Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. pp. 22 y ss.

Luego, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (promulgada en 1956), modernizó y judicializó de forma definitiva el sistema contencioso administrativo español (los tribunales contencioso administrativos pasaron a ser un orden especializado dentro del Poder Judicial). Con la entrada en vigencia de la ley de 1956 comenzó una nueva etapa del derecho administrativo español que permitió el desarrollo de un verdadero sistema de garantías de los ciudadanos. La doctrina española (Garrido Falla, García de Enterría) destaca en este sentido que a partir de 1956, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional comenzaron a tener una labor muy importante en la precisión y ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en temas como los actos políticos del gobierno, la llamada inactividad de la administración y las acciones materiales o vías de hecho²⁸ -para mencionar algunos ejemplos-, con el objeto de hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo²⁹.

De otra parte, el artículo 24 de la Constitución de 1978 tuvo una influencia determinante en el sistema de justicia administrativa en España, desde que convirtió la concepción del contencioso administrativo de un proceso objetivo al acto, a una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos y estableció además, la extensión universal del recurso contencioso administrativo³⁰, situación que condujo a la reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en 1998³¹, la cual pretendió superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso administrativo como una revisión judicial

28 Véase al respecto Fernando Garrido Falla, "Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España", en *Primeras Jornadas Internacionales de derecho administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Contencioso-administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1995. pp. 51 y ss.

29 García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. p. 26.

30 Ibídem. pp. 33 y ss.

31 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y abrir definitivamente su ámbito frente a cualquier comportamiento ilícito de la administración³².

Otro resultado positivo sobre el sistema de justicia administrativa de la Constitución de España de 1978 fue su influencia en el desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial del contencioso administrativo en Latinoamérica, y muy especialmente, en Venezuela.

En efecto, durante las décadas de los años ochenta hasta el año 2000, el ordenamiento jurídico venezolano fue tributario de la legislación, jurisprudencia y doctrina que sobre la justicia administrativa se iba produciendo en España. Afortunada casualidad que durante esos años, 1981 en adelante, nuestro admirado profesor Farías Mata ingresó a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia para ser protagonista de los más importantes fallos sobre la materia en Venezuela y a la par, inauguró el primer curso de contencioso administrativa en el país, concretamente en la Universidad Católica Andrés Bello.

2. Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela

En Venezuela desde sus orígenes el control jurisdiccional de los poderes de la Administración ha estado residenciado en el poder judicial. El contencioso administrativo venezolano tuvo su origen en la Constitución de 1811 que dispuso el principio de responsabilidad del Estado con la consagración de normas atributivas de competencias jurisdiccionales al poder

32 Para evitar cualquier equívoco establece el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción que las pretensiones ejercitables no se relacionan con los “actos” de la administración, sino con la “actuación” de esta, cuyo ejercicio se hace preceder de una reclamación previa en sede administrativa, con lo que se persigue dar a la administración la oportunidad de resolver el conflicto y evitar la intervención judicial.

judicial de la Confederación para conocer de las “*diferencias en que el Estado Federal tenga o sea parte*” (artículo 115)³³.

La Constitución de 1830, por su parte, estableció de forma expresa la atribución de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano federal encargado de la administración de justicia, de conocer las controversias derivadas de los contratos en los cuales interviniese el poder ejecutivo. De esta forma se creó el contencioso de los contratos administrativos (artículo 147, ordinal 5°, de la Constitución de 1830³⁴).

Posteriormente, en la Constitución de 1925 se determinó el régimen de nulidad de los actos administrativos: el contencioso de nulidad de los actos administrativos propiamente dicho. En efecto, el artículo 120, ordinal 12, de la Constitución de 1925 estableció la facultad de la Corte para: “declarar la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictase el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren el espíritu, razón o propósito de ellas, y en general declarar, cuando sea procedente, la nulidad de todos los actos a que se refieren los artículos 42 (actos ejecutados en extralimitación de funciones) y 43 (actos dictados por requisición directa o indirecta de la fuerza o de reunión del pueblo en actitud subversiva), siempre

33 “Artículo 115. EL Poder Judicial de la Confederacion, estará circunscripto à los casos cometidos por ella; y son, —todos los asuntos contenciosos civiles, ó criminales que se deriven del contenido de esta Constitucion, los tratados ò negociaciones hechas baxo su autoridad, —todo lo concerniente à Embaxadores, Ministros, Cónsules, —los asuntos pertenecientes à Almirantazgo, y jurisdicción maritima, —las diferencias en que el Estado federal tenga ò sea parte, —las que se susciten entre dos ó mas Provincias, —entre una Provincia y uno ò muchos ciudadanos de otra, —entre ciudadanos de una misma Provincia que disputaren tierras concedidas por diferentes Provincias, —entre una Provincia, ò ciudadanos de ella, y otros Estados, ciudadanos, ò vasallos extranjeros”. Véase también Rafael Badell Madrid, *La Responsabilidad del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Torino. Caracas, 2014, p. 54.

34 “Artículo 147. — Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 5ª Conocer de las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí, o por medio de Agentes”.

que emanen de autoridad Nacional o del Distrito Federal, o de los altos funcionarios de los Estados” (artículo 120, ordinal 12).

Además, la Constitución de 1925 conservó la regulación referida al conocimiento de las controversias derivadas de los contratos suscritos por el Ejecutivo Federal en el artículo 120, ordinal 13, el cual dispuso que “Son atribuciones de la Corte Federal y de Casación: (...) 13º Conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones sobre nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que susciten entre la Nación y los contratistas o concesionarios a consecuencia de los contratos celebrados”; y reguló también, por vez primera, la competencia del máximo tribunal para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios que se propusiesen contra la Nación (artículo 120, ordinal 15³⁵), estableciéndose así el contencioso de la responsabilidad del Estado.

De otra parte, la Constitución de 1947 otorgó facultades a la Corte Suprema de Justicia para conocer de los procedimientos contenciosos administrativos de nulidad de los actos administrativos, distinguiendo los motivos de ilegalidad o de abuso de poder –como lo hicieron las Constituciones de 1931 y siguientes–, así como para conocer de los conflictos derivados de los contratos públicos y de las acciones por la reclamación por daños y perjuicios y demás acciones que por sumas de dinero que se intenten contra la República, en los mismos términos que la Constitución de 1925.

En efecto, dispuso el artículo 220 de la Constitución de 1947 lo siguiente:

35 “Artículo 120. —Son atribuciones de la Corte Federal y de Casación: 15. Conocer en juicio contencioso y en los casos que determine la Ley, de las reclamaciones por daños y perjuicios que se propusieren contra la Nación, y de todas las demás acciones por sumas de dinero que se intenten contra ella”.

"(...) La Corte Suprema de Justicia tendrá las siguientes atribuciones:

9ª Declarar la nulidad de los actos de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Legislativas, de los Concejos Municipales, del Poder Ejecutivo Nacional o de los Estados, y de los Gobernadores del Distrito Federal o de los Territorios Federales, violatorios de esta Constitución. Igualmente la Corte declarará la nulidad de los actos a que se refieren los artículos 84 y 87 de esta Constitución cuando aquella no fuere atribuida por la Ley a otra autoridad. La acción de nulidad de un acto administrativo por ilegalidad o abuso de poder caduca a los trece meses, siempre que por dicho acto no se haya violado ninguna disposición constitucional. La ilegalidad del mismo acto como excepción puede oponerse siempre. Si el acto tachado de nulidad fuere una resolución Ministerial, la Corte no podrá decidir sino mediante el procedimiento establecido en el ordinal siguiente.

10. Conocer, en procedimiento contencioso administrativo, de todas las cuestiones que se susciten entre la Nación y los particulares, a consecuencia o con ocasión de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional, de concesiones mineras, o de tierras baldías; salvo aquellos puntos que, por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, del otorgamiento de la concesión o de la negativa a concederla, quedaren sujetos a la decisión del Ejecutivo Nacional sin recurso judicial.

12. Conocer, en procedimiento contencioso-administrativo, de las acciones que se propongan contra la Nación por daños y perjuicios, y de las demás acciones que por sumas de dinero se intenten contra ella."

En la Constitución de 1961 se estableció una jurisdicción especial: la contenciosa administrativa, integrada por tribunales con competencia para controlar la actividad de la administración pública; su artículo 206 delimitó por primera vez, por una parte, el objeto del control de la jurisdicción conten-

cioso-administrativa al incluir dentro del mismo a los actos administrativos, las situaciones administrativas, la actividad ilícita o ilegal de la administración; y, por otra, las consecuencias de dicho control al prever que los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa podrían declarar la nulidad del acto contrario a derecho, condenar al pago de sumas de dinero o a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961 sólo se hablaba expresamente de la nulidad de ciertos actos de los órganos y entes de la administración, pero no se contemplaba realmente una jurisdicción contencioso-administrativa en favor del máximo tribunal. Podría decirse que se propugnaba tenuemente la existencia de una jurisdicción especial contencioso administrativa, sin embargo, ésta no se hizo efectiva hasta su definitiva consagración constitucional en 1961 y su posterior desarrollo jurisprudencial y legislativo. En efecto, a partir de la Constitución de 1961 y a falta de una ley formal que regulara y desarrollara el contencioso administrativo, a través de la jurisprudencia se fue construyendo este método de control del ejercicio del poder.

Luego, el 1° de enero de 1977 entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), redactada bajo la coordinación del Magistrado Martín Pérez Guevara, y cuyas disposiciones referidas al contencioso fueron influenciadas por el Maestro Farías Mata. Esta ley significó una contribución enorme a la justicia administrativa en Venezuela.

En efecto, frente a la estructura organizativa vigente antes de la entrada en vigencia de la ley, caracterizada por la concentración y centralización del ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa en un solo órgano (i.e. Sala Político-Administrativa), la LOCSJ desconcentró las compe-

tencias atribuidas a la Sala creando dos nuevas clases de tribunales contencioso administrativos generales, a saber: la Corte Primera de lo contencioso administrativo y los Tribunales Superiores en lo civil y contencioso administrativo en varias regiones del País.

La ley reguló los procesos para sustanciar y decidir, en primera y segunda instancia, los recursos destinados a controlar la legalidad de los actos administrativos, tanto de efectos generales como individuales (artículo 42, numerales 9 al 12, artículos 112 al 131; sentencia Patria Fondo Mutual de Inversión de Capital Variable del 14 de febrero de 1985 y sentencia N° 99 del 05 de junio de 1986, caso “FETRAEDUCACIÓN”), y se le confirieron al juez poderes, no sólo de dictar el fallo definitivo para restablecer las situaciones jurídicas infringidas (artículo 131), sino también de conceder las medidas cautelares necesarias para evitar daños irreparables y garantizar la efectividad del fallo definitivo. Ese poder cautelar no se limitó a la suspensión de los efectos del acto, expresamente regulada en la LOCSJ (artículo 136), sino que, dada la remisión expresa que la ley hizo a la aplicación supletoria de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (artículo 88), se extendieron a las medidas cautelares nominadas e innominadas previstas en los artículos 585 y 588 eiusdem³⁶.

Además de la acción de nulidad, la LOCSJ hizo referencia también al control de la jurisdicción contencioso administrativa sobre las controversias entre la República y algún Estado o Municipio, (artículo 42,13); las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos (artículo 42,14), las acciones que se propongan contra la República o

36 Vid. Rafael Badell Madrid, “Luces y sombras del derecho público en Venezuela. 100 años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015. p. 1076.

algún instituto autónomo o empresa del Estado (artículo 42, 15 y 16); las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas con motivo de sus funciones (artículo 42, 22; caso Gobernador del Estado Zulia del 09 de julio de 1981, caso Tobias Arias Barreto del 27 de julio de 1982, caso Eulogio Fernández del 19 de agosto de 1982, entre otros); la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos en que estén obligados por las leyes (artículo 42, 23; sentencias de la Sala Político Administrativa caso Raufast del 07 de abril de 1986, caso Iván Pulido Mora del 03 de octubre de 1985, caso Eusebio Igor Vizcaya Paz del 28 de febrero de 1988, caso Redimaq del 09 de mayo de 1988 y caso Luis E. Rangel Bourgon del 13 de junio de 1991); y para conocer del recurso de interpretación de los textos legales (artículo 42, 24, sentencias caso Dagoberto González Ascanio del 17 de abril de 1986, caso Concejo Municipal del Distrito Bruzual del Estado Yaracuy del 14 de marzo de 1988 y Petróleos de Venezuela del 06 de diciembre de 1990). Esta ley estuvo en vigencia hasta el año 2004.

Ese desarrollo inicial de la jurisdicción contencioso administrativa –a partir del artículo 206 de la Constitución de 1961 y su posterior desarrollo legislativo mediante la LOCSJ– creó la necesidad de distinguir –como no había ocurrido antes en el derecho público venezolano–, entre la justicia administrativa y la justicia constitucional³⁷, diferenciándose de esta forma la facultad de la Sala–Político Administrativa para conocer de la impugnación de un acto administrativo de rango sublegal y dictado en ejercicio de funciones administrativas (bien por razones de inconstitucionalidad o por razones de ilegalidad), de la facultad de la Corte en Pleno para decidir sobre los recursos de nulidad de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (véase respecto de dicha distinción las sentencias de la Sala Político-Administrativa, caso

37 Véase Humberto J. La Roche “Jurisdicción constitucional y contencioso administrativo”, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo I, Tribuna Jurídica de Venezuela, Barquisimeto, 1993. pp. 48 y ss.

“CENADICA”, del 28 de junio de 1983, así como el caso “Presidente Carlos Andrés Pérez”, del 14 de septiembre de 1993³⁸).

Es necesario también resaltar la importancia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que a partir de enero de 1982 comenzó a regular, por primera vez en Venezuela, los principios del procedimiento administrativo; el acto administrativo, sus elementos y régimen de nulidades; el procedimiento general y especial de formación del acto administrativo; el régimen de impugnación y revisión de las decisiones de la administración, sus efectos y consecuencias. A tener en cuenta que esta no es sólo una ley de procedimiento desde que se refiere, también, a principios y conceptos de la actuación administrativa.

En ese momento, el Doctor Luis Henrique Farías Mata, ya lo hemos dicho, fue un actor fundamental para la evolución de la disciplina, tanto desde su posición de Magistrado de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como desde su puesto de profesor de contencioso administrativo en los estudios de la licenciatura de derecho en la Universidad Católica Andrés Bello y, también, en los de post grado en la Universidad Central de Venezuela.

38 En esta última sentencia, el Magistrado ponente Luis Henrique Farías Mata señaló con total claridad al respecto que: *“... puede evidenciarse que según la distribución de competencias que establece la propia Ley Originaria para hacer efectiva la garantía objetiva de la constitucionalidad en su artículo 216, todas las acciones de nulidad interpuestas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Carta Magna, y que –por tanto, desde el punto de vista de su rango, son equiparables a la ley (...), son del conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia en Pleno; mientras que cuando se impugne un acto administrativo del Poder Público, de carácter general o particular, –pero de rango sublegal, realizado en función administrativa– por contrariedad al derecho –y aún por razones de inconstitucionalidad–, la competencia corresponderá siempre a un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, sea la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia o cualquier otro Tribunal de los que la ley determina”*.

La Constitución de 1999, siguiendo la tendencia marcada por la de 1961, la jurisprudencia, la LOCSJ y la LOPA, ratificó la existencia en Venezuela de una jurisdicción contenciosa administrativa dirigida a garantizar la sumisión a derecho de la conducta administrativa.

A la par que la Constitución de 1999 ratificó el rango constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa, consagró en términos expresos el derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 26³⁹. En ese sentido, bajo la idea de asegurar la prestación de una justicia efectiva a los ciudadanos en obsequio de su derecho a la tutela judicial, la Constitución complementó dicha norma con otras que tienen por fin, entre otros aspectos, garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de las partes en juicio (artículo 49) o fomentar la descentralización del poder judicial para hacerlo más accesible al colectivo (artículo 269)⁴⁰. Con orientación similar el artículo 257 consagra al proceso como un instrumento fundamental para la realización de justicia, la cual no podrá ser sacrificada por la omisión de formalismos no esenciales o inútiles.

Estas disposiciones constitucionales han servido de base a la jurisprudencia para establecer el carácter subjetivo del proceso contencioso administrativo.

Posteriormente, en el año 2004 se dictó la LOTSJ, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, lo que representó, es de lamentar, un retroceso en la materia, tanto en

39 Artículo 26.- *“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y 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.”*

40 Artículo 269.- *«La Ley regulará la organización de los circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial».*

lo formal como en lo material. La ley agrupó y redujo en uno solo diversos artículos que se encontraban divididos en Títulos, Capítulos y Secciones completas en la derogada LOCSJ, lo que evidentemente generó problemas de incomprensión y desorganización.

La LOTSJ 2004 redujo 124 artículos de la ley que derogó a 23, los cuales fueron discutidos por lotes, en sesiones de casi un día cada uno –por razones de conveniencia estrictamente política–, lo que constituyó una violación flagrante a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución según el cual *“Recibido el informe de la Comisión correspondiente, se dará inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se realizará artículo por artículo...”*⁴¹.

De otra parte, esta ley si bien reguló las competencias en esta materia de la Sala Político-Administrativa del máximo tribunal de la República, dejó sin regulación legal, error inexcusable, las competencias del resto de los tribunales y juzgados en los cuales se desconcentraba la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, al derogar la LOCSJ, la LOTSJ del 2004 dejó sin efecto las regulaciones de las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa contempladas en las disposiciones transitorias de la LOCSJ, lo que produjo un importante vacío legal que luego fue subsanado –en violación del principio de reserva legal (artículo 187, numeral 1 en concordancia con el artículo 157, numeral 32 de la Constitución)– vía jurisprudencial mediante sentencias de la Sala Político-Administrativa⁴².

41 Véase al respecto Raul J. Rueda Pinto y Gustavo Mercado Medina, “Breves comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, en *ANUARIO* N° 27 (2004), Universidad de Carabobo, Valencia, 2004. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-14.pdf>

42 En ese sentido véase sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1.209 de fecha 02 de septiembre de 2004, en ponencia conjunta mediante la cual se estableció que *“..., por cuanto esta Sala es la cúspide y rectora de la jurisdicción contencioso administrativo, a los*

Luego, el 22 de junio de 2010, mediante Gaceta Oficial N° 39.451, se publicó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), primera ley destinada a regular a la jurisdicción contenciosa administrativa de forma especial, lo cual desde un punto de vista formal representó un importante cambio en materia de técnica legislativa, toda vez que comprende una división sistemática y organizada de sus artículos, facilitando así una mayor comprensión y entendimiento del texto normativo, sin dejar de tener en consideración que la jurisprudencia sigue siendo un complemento armónico de la disciplina.⁴³

En efecto, la LOJCA reguló el régimen de competencias de los tribunales contencioso-administrativos (artículos 23 al 26), los medios de impugnación y los procesos judiciales de primera instancia, entre ellos: la demandas de contenido patrimonial (artículos 56 al 64); procedimiento breve para actuaciones de vías de hecho, servicio público y abstención o carencia (artículos 65 al 75); y el procedimiento común para la nulidad de los actos administrativos, interpretación de leyes y controversias administrativas (artículos 76 al 86), y los procedimientos de segunda instancia –apelación– (artículos 87 al 94); el procedimiento para tramitar las medidas cautelares (artículos 103 al 106), por medio del cual el juez contencioso administrativo podrá ejercer los más amplios poderes cautelares para proteger a la administración pública, a los ciudadanos y a los intereses públicos (artículo 104 de la LOJCA); así como el procedimiento para la ejecución de las sentencias de los tribunales

finde delimitar las competencias que tendrán los tribunales que conforman dicha jurisdicción para conocer de las acciones como la presente, que se interpongan contra las personas jurídicas que se indican en el numeral 24 del artículo 5 de la Ley que rige a este Máximo Tribunal, y cuya cuantía sea inferior a setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), pasa a determinar dicha competencia en la siguiente forma: (...).” Dicho criterio fue reiterado en sentencia de la misma Sala, nro. 1315 de fecha 02 de septiembre de 2004.

- 43 Rafael Badell Madrid, “La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Venezuela”, en *I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Homenaje al Dr. Israel Argüello Landaeta*. Conferencia dictada en el Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo, Mayo de 2012.

contencioso-administrativos, que condenen a la administración al pago de sumas de dinero o a obligaciones de hacer o no hacer (artículos 107 al 111).

A los pocos meses, el 1º de octubre de 2010, se promulgó la LOTSJ, publicada en Gaceta Oficial N° 39.522. En esta ley se estableció el régimen, organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia y se eliminaron las disposiciones transitorias que regulaban los procesos contenciosos administrativos, hoy regulados por la LOJCA.

IV. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA?

1. Concepto

La justicia administrativa es el conjunto de tribunales y medios de impugnación dirigidos a controlar judicialmente la actividad administrativa, acto, actuación, vías de hecho, contratos, etc., tanto de los órganos del poder público, nacional, estatal y municipal, como de los particulares –personas naturales o jurídicas– que lleven adelante funciones administrativa –descentralización por colaboración–, con el objeto de tutelar los derechos e intereses subjetivos de los ciudadanos –régimen de libertades– frente a la actuación arbitraria de la administración y con competencias para anular, total o parcialmente, el acto impugnado, y condenar a la reparación de las situaciones jurídicas subjetivas y al pago de sumas de dinero originadas por responsabilidad del Estado.

Moles Caubet ha definido el contencioso administrativo como “... una contención o controversia con la administración, la cual puede suscitarse, tanto respecto a un acto administrativo tildado de ilegal o ilegítimo, como respecto a un acto administrativo o derecho subjetivo lesionado o a la reparación de un daño. Ha de añadirse que tal contención o controversia está dispuesta de manera que se produzca entre partes parita-

rias, aun cuando una de ellas sea la Administración y decidida por un organismo del Estado independiente y neutro, dotado de poderes para determinar las consecuencias de la ilegalidad o ilegitimidad y de la lesión de los derechos subjetivos, restableciendo el orden jurídico con ello perturbado”⁴⁴.

Por su parte, Delcros ha señalado que el contencioso administrativo “comporta el conjunto de reglas jurídicas que gobiernan la solución de los litigios administrativos por la vía jurisdiccional”⁴⁵.

La justicia administrativa en Venezuela es de rango constitucional, judicial, universal, subjetiva, bilateral y, como fue desde su origen, de marcado carácter jurisprudencial.

Es de rango constitucional por cuanto, desde su nacimiento la jurisdicción contencioso administrativa ha estado consagrada expresamente en la Constitución (salvo el texto de 1953), con sus formulaciones mejor elaboradas en la Constitución de 1961 y en la vigente Constitución de 1999⁴⁶.

44 Antonio Moles Caubet, “El sistema contencioso administrativo venezolano en el derecho comparado”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1981, p.12, cit. por Humberto J. La Roche, “Jurisdicción constitucional y contencioso administrativo”, ob. cit. pp. 64 y 65.

45 M. Xavier Delcros, *Contentieux Administratif. Les Courts de Droit*. 1980–81, p.7, cit. por Humberto J. La Roche, “Jurisdicción constitucional y contencioso administrativo”, ob. cit. p. 65.

46 Explica Brewer-Carías al respecto que la *constitucionalización* de la jurisdicción contencioso administrativa tiene las siguientes consecuencias: (i) la universalidad del control que la Constitución prevé para todos los actos subordinados a ella (que a su vez es otra característica del sistema); de lo cual “*cualquier exclusión del control respecto de actos administrativos específicos, sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales...*”; (ii) la consagración de un verdadero derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, y no un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares; y (iii) el otorgamiento al juez de amplísimos poderes de tutela; esto es, el juez está ante un proceso de defensa de intereses subjetivos y no de resguardo de la legalidad objetiva lesionada por el acto impugnado. Cfr. Allan Brewer-Carías, “Universalidad del Control

La justicia administrativa en Venezuela está residenciada, desde siempre, en el poder judicial, con lo cual se diferencia del sistema francés, de doble jurisdicción o jurisdicción administrativa⁴⁷.

Tiene carácter universal, desde que no hay actos excluidos del control de la administración, antes y por el contrario todos los elementos del acto serán objetos de control, con excepción de las razones de oportunidad y mérito⁴⁸. Este principio de universalidad se desprende precisamente del rango constitucional de esta jurisdicción y supone el sometimiento a derecho de todos los órganos del Estado que ejercen funciones administrativas, independientemente de la forma como se manifieste esa actuación e incluso se extiende a los actos dictados por los particulares en ejercicio de funciones públicas (Véase los casos SACVEN. CPCA 18/2/1986; Criollitos de Venezuela. CPCA 16/12/1987; Marino Recio vs. Comisión Nacional de Valores. CPCA 24/3/1988), de forma que no hay acto o actuación excluidos del control de legalidad.

Tengamos presente las palabras pronunciadas por el Dr. Luis Henrique Farías Mata en las XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” del año 1993, quien al hacer referencia a este tema, señaló que la tendencia del sistema contencioso administrativo estaba orientada a la revisión de todos los actos administrativos dictados por cualquier Poder del Estado y a

Contencioso-Administrativo” en *Revista de Derecho Público* N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991.

47 Daniela Urosa Maggi, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1009-2009*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011. p. 119.

48 Posición del Magistrado Farías Mata, en el caso de *Depositaria Judicial*, encontraba como límite la sustitución del juez en la administración pública, no pudiendo éste sustituirse en las decisiones por razón de oportunidad o mérito.

la desaparición paulatina del catálogo de los llamados “actos excluidos”⁴⁹.

En la actualidad es un dogma que todos los actos administrativos están sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 8 de la LOJCA incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los intereses públicos o privados.

Véase al respecto la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 9 de abril de 1992, caso “Corporación Bamundi”, en la cual el Maestro Farías Mata salvó su voto por su criterio relativo al régimen aplicable a los actos dictados por la administración en ejecución de normas administrativas de derecho laboral. En esta ocasión, mediante interpretación de la Ley Orgánica del Trabajo, la mayoría sentenciadora había concluido que los tribunales laborales eran competentes para conocer del recurso de nulidad en contra de actos dictados en ejecución de las normas administrativas de derecho laboral; sin embargo, el Dr. Farías Mata en su voto salvado, señaló que dicho criterio “atentaba contra la “integralidad” de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto los tribunales de esa jurisdicción debían ser los competentes para conocer de recursos de nulidad contra actos dictados por la llamada administración laboral, dando así preferencia al fuero atrayente derivado del propio concepto de acto administrativo”⁵⁰.

49 Luis Henrique Farías Mata, “Acto administrativo, materia del recurso contencioso de anulación”, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Barquisimeto, 1993, p. 16.

50 Cfr. José Ignacio Hernández, “Luis Henrique Farías Mata y la construcción jurisprudencial del derecho administrativo venezolano”, disponible en: https://www.academia.edu/37189497/Luis_Henrique_

De otra parte, la justicia administrativa y su regulación constitucional y legal no debe ser considerada sólo como una norma atributiva de competencias judiciales a un conjunto de órganos jurisdiccionales, es algo más, una tutela de derechos e intereses legítimos, *una tutela de posiciones subjetivas*. Se trata de un proceso de tutela de los derechos del recurrente y de la administración (de sus potestades) confrontados entre sí como partes, de forma que “No es, en modo alguno, un proceso al acto o protección de la legalidad objetiva”⁵¹. De allí su carácter subjetivo.

Este ha sido el criterio adoptado por la jurisprudencia venezolana (véase en ese sentido sentencia de la Sala Constitucional del 23 de octubre de 2002, Caso: *Gisela Anderson, Jaime Gallardo y otros vs Presidente de la República, Ministerio de Infraestructura y Conatel*)⁵², y es que, el objetivo principal del contencioso administrativo no es sólo garantizar la sumisión a derecho de la actividad administrativa, sino también proteger los derechos e intereses de los particulares afectados por tal actividad.

El carácter subjetivo de la justicia administrativa radica en la existencia de un procedimiento controvertido, intersubjetivo, donde figuran verdaderas partes, y por medio del cual se

Far%C3%ADAs_Mata_y_la_construcci%C3%B3n_jurisprudencial_del_Derecho_Administrativo_venezolano?auto=download , p. 39.

51 Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. p. 54

52 Según esta decisión, “Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respecto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración –a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado – sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho.”

protegen verdaderos derechos e intereses⁵³. En efecto, se trata de un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos⁵⁴.

La justicia administrativa, en Venezuela, es bilateral en virtud de que los particulares pueden ser demandados por la administración ante los tribunales contencioso administrativos (artículo 9, numeral 9 de la LOJCA). A nuestro juicio esta disposición, de origen jurisprudencial, es contraria al principio del juez natural contemplado en el artículo 49, numeral 4, de la Constitución, según el cual “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”.

Finalmente, desde que el contencioso administrativo tuvo su origen en las decisiones del Consejo de Estado Francés, la jurisprudencia ha sido pilar fundamental para la regulación de esta materia. Así, el juez en aplicación del principio de tutela judicial efectiva se encuentra facultado para llenar los vacíos dejados por el legislador y a través de la jurisprudencia determinar el camino de progreso de la jurisdicción contencioso

53 Como señala Linares “Que la jurisdicción contencioso-administrativa sea eso, es decir, una organización de tribunales judiciales, significa en primer lugar que ella misma y el procedimiento que emplea para conocer de los asuntos que se le plantean tiene como fin expreso tutelar los “derechos e intereses” de quienes acuden ante ella, es decir, que, en tanto jurisdicción, el contencioso administrativo es un sistema de protección de posiciones jurídicas subjetivas”. Cfr. Gustavo José Linares, “El carácter subjetivo del procedimiento contencioso administrativo”, en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo I, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. p. 84.

54 Téngase en cuenta las palabras de García de Enterría: “El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (esta, predominantemente, potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados. No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes”- Vid. Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. p. 52.

administrativa, aplicando los principios de interpretación del derecho. En ese aspecto jurisprudencial hemos destacado la labor extraordinaria del Dr. Farías Mata, autor, ya lo hemos dicho, de una línea jurisprudencial de extraordinario beneficio al contencioso administrativo en Venezuela.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Régimen constitucional

Como señalamos anteriormente, la jurisdicción contencioso administrativa está contemplada en el ámbito constitucional en el artículo 259, disposición en la cual se encuentran enunciadas las especialidades del contencioso, que son las siguientes: (i) Contencioso administrativo de anulación, (ii) de responsabilidad (contractual y extracontractual), (iii) del restablecimiento de la situaciones jurídicas de los administrados afectadas por la administración (fuentes residuales que no pueden incluirse en la noción del hecho ilícito o del contrato), (iv) de los servicios públicos, siendo esta última una nueva competencia de la jurisdicción contencioso administrativa: “conocer de reclamos por la prestación de servicios”, que permite atraer ahora a dicho orden jurisdiccional las controversias por incumplimiento y la ineficacia de los servicios públicos, entre consumidores, usuarios y prestadores de dichos servicios, ya sean entidades del Estado o particulares, contratistas o concesionarios.

Otras disposiciones constitucionales que fundamentan y rigen la justicia contenciosa administrativa en Venezuela, son el artículo 26 (que dispone el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia⁵⁵ 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

55 La cual debe ser gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

decisión correspondiente); el artículo 136 (que consagra el principio de separación de los poderes); el artículo 137 (que contempla el principio de legalidad en las actividades que realicen los órganos que ejercen el Poder Público (administración pública); y el artículo 140 (que establece el fundamento del sistema de responsabilidad de la Administración, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración, ya sea normal o anormal dicho funcionamiento o lícita o ilícita la actuación).

2. Régimen legal

A. Principios

De conformidad con el artículo 26 de la Constitución de 1999, 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. De otra parte el Estado debe garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En ese mismo sentido, se erigen los principios⁵⁶ que orientarán la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa, alguno de los cuales se encuentran expresamente establecidos en el artículo 2 de la LOJCA, y que indicamos a continuación:

A. Justicia gratuita: Principio fundamentado en los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva.

56 Devis Hernando Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I. Décima Edición. Bogotá, 1985.

- B. Imparcialidad y transparencia:** Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en los que sus intereses personales estén involucrados. El tribunal no debe actuar cuando el titular o alguno de sus miembros tenga alguna vinculación con alguna de las partes, siendo que, además el proceso debe respetar la publicidad de los actos.
- C. Idoneidad:** Constituye un límite mínimo de la facultad de actuación de los órganos del Estado. En tal sentido, justifica una obligación del funcionario de hacer lo posible para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos en juego.
- D. Autonomía e independencia:** Los funcionarios pueden actuar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión.
- E. Responsabilidad:** El juez tiene el deber inexcusable de resolver en todo asunto y no podrá dejar de hacerlo so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley.
- F. Brevedad:** El tribunal está obligado a dictar la decisión jurisdiccional sobre los asuntos que le han sido sometidos, cuya omisión o retardo generará la denegación de justicia.
- G. Oralidad:** Principio según el cual las alegaciones de las partes normalmente deben ser hechas de viva voz en audiencia.
- H. Publicidad:** Asegura el desenvolvimiento del proceso en tal forma que cualquier persona, bien sea parte o extraño a la causa, pueda imponerse de las actuaciones que se realicen o existan en los tribunales.

- I. **Celeridad:** Derecho a obtener, dentro de un plazo razonable de los tribunales, la resolución definitiva de su conflicto, cuyo incumplimiento se genera por la inactividad del órgano jurisdiccional en no satisfacer la pretensión dentro del lapso previsto.
- J. **Inmediación:** Principio en virtud del cual el tribunal actúa en contacto directo con las partes en el juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas, lugares, entre otros, a base de la inmediata impresión recibida de ellos, y no a base de la relación ajena⁵⁷.

3. Régimen de competencias

El estudio de la justicia administrativa desde su ámbito orgánico supone el análisis de las competencias atribuidas por la LOJCA a los tribunales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa. Según el artículo 11 de la LOJCA, estos son: 1) la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 2) los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción contencioso-administrativa 3) los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y 4) los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En primer lugar, las competencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia están contempladas en el artículo 266 de la Constitución, en los 24 numerales del artículo 23 de la LOJCA, así como en el artículo 26 de la LOTSJ. La Sala Político-Administrativa tiene en ese sentido la competencia para conocer –entre otros– de las demandas intentadas contra la República, los Estados, los Municipios, o algún instituto autónomo, ente público en el cual los entes antes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de 70.000 UT “cuando su conocimiento no esté atri-

57 Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Quinta edición, Editorial Arte, Caracas, 1995.

buido a otro tribunal en razón de su especialidad”; así como el conocimiento de la abstención o negativa, las vías de hecho, las demandas de nulidad contra actos administrativos atribuibles al Presidente de la República, Vicepresidente, Ministros, o a cualquier máxima autoridad de los demás órganos de rango constitucional; las controversias administrativas entre la República, los Estados, los Municipios y otro ente público, la apelación de los juicios de expropiación, etc.

De otra parte, las competencias de los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción contencioso-administrativa están reguladas en el artículo 24 de la LOJCA. Estos Juzgados son competentes para conocer, por ejemplo, de las demandas intentadas contra la República, los Estados, los Municipios, o algún instituto autónomo, ente público en el cual los entes antes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía excede de 30.000 UT y no supera las 70.000 UT, “cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad”; así como el conocimiento de la abstención o negativa, las vías de hecho, y las demandas de nulidad contra actos administrativos atribuibles a órganos distintos de los que conocería la Sala Político-Administrativa y los Juzgados Superiores Estadales en este sentido; los juicios de expropiación intentados por la República en primera instancia; las apelaciones de las decisiones de los Juzgados Superiores Estadales de lo contencioso administrativo, etc.

La LOJCA contempla igualmente las competencias atribuidas a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 25), e incluye entre ellas las demandas intentadas contra la República, los Estados, los Municipios, o algún instituto autónomo, ente público en el cual los entes antes mencionados tengan participación decisiva, si su cuantía no excede de 30.000 UT “cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad”; así como el conocimiento de la abstención o negativa, las vías de hecho, las demandas de nulidad contra actos administra-

tivos dictados por las autoridades estatales o municipales de su jurisdicción; los juicios de expropiación intentados por la República en primera instancia; las apelaciones de las decisiones de los Juzgados de Municipio de lo Contencioso administrativo; las controversias administrativas entre municipios de un mismo estado por el ejercicio de una competencia directa o inmediata en ejecución de la ley, etc.

Por último, dispone la LOJCA las competencias de los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los cuales tendrán la facultad para conocer de las demandas que interpongan los usuarios o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos o cualquier otra demanda o recurso que le atribuyan las leyes, de conformidad con el artículo 26 de la LOJCA.

Ahora bien, pese a la repartición de competencias establecida en la LOJCA entre los distintos tribunales de lo contencioso administrativo, lo cierto es que a nivel práctico las mismas no se han materializado: no se han creado los Juzgados Nacionales de lo contencioso administrativo y para solventar esta situación las Cortes de lo contencioso administrativo siguen ejerciendo funciones contencioso-administrativas, sin ningún tipo de fundamento legal, de modo que en la realidad existe una superposición del régimen de competencias entre la vigente LOJCA y la LOCSJ.

De otra parte, si bien a nivel estatal se ha materializado la creación de los tribunales correspondientes, los mismos son unipersonales, aun cuando la tendencia generalizada ha sido la de tribunales colegiados. A nivel municipal, se originó la mayor innovación de la LOJCA, dichos tribunales no existían anteriormente; sin embargo, es criticable como los mismos sólo tienen competencia para conocer sobre asuntos de servicio público, y según la LOTSJ en su artículo 169 sobre "*Habeas Data*", volviendo así los efectos prácticos casi nulos.

A. Medios de impugnación en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La LOJCA determina los medios de impugnación en el contencioso administrativo, así como el procedimiento que será aplicado para cada uno de ellos. Ellos son:

a. Demanda de nulidad de actos de efectos particulares y generales (recurso de nulidad) (Artículos 76 al 86 de la LOJCA)

Las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, incluso por desviación de poder. Dicha impugnación está dirigida a anular en todo o en parte el acto impugnado⁵⁸ por motivos de ilegalidad e inconstitucionalidad del acto administrativo, que

58 Cabe destacar sobre los efectos de la decisión que declara la nulidad de un acto administrativo, la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 26 de julio de 1984, caso “Despacho Los Teques”, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Fariás Mata, en la que se estableció que: “... es de advertir que la jurisprudencia de esta corte no estableció una enumeración limitativa de supuestos en los cuales procedía la declaración de nulidad absoluta o radical de un acto administrativo, a pesar de haber reconocido el carácter excepcional de este supuesto de ilegalidad frente a la común anulabilidad que surge de la ilegalidad que afecta a los actos mencionados. Con prudencia y cautela recomendables, especialmente cuando se trata de establecer principios y crear doctrina en materias con escasa legislación general, como era el derecho administrativo, la Corte asumió la posición de determinar caso por caso si procedía o no declarar la nulidad absoluta o radical de acuerdo a la gravedad y trascendencia de la irregularidad que afectare el acto administrativo examinado. En este sentido se utilizaron varios de los criterios elaborados por la doctrina del derecho administrativo para identificar los supuestos de ilegalidad merecedores de la calificación de nulidad absoluta, como son la violación directa de la Constitución, la falta de elementos esenciales del acto, infracción grosera de la Ley, la incompetencia manifiesta del funcionario, la transgresión de normas legales establecedoras de conductas prohibidas, la vulneración del orden público y otros criterios de semejante naturaleza. En otras palabras, se buscó establecer una proporción entre la gravedad de la nulidad como sanción jurídica y la de los vicios que afectaban al acto administrativo”. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de julio de 1984, caso “Despacho Los Teques”, consultada en XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del

a su vez puede ser: (i) expreso (actos administrativos de efectos particulares, definitivos o de trámite, los de efectos generales y los vinculados a una relación contractual o de autoridad), (ii) el silencio administrativo, (iii) acto administrativo tácito⁵⁹ y, (iv) reglamentos⁶⁰.

b. Demanda de interpretación de leyes (artículos 76 al 86 de la LOJCA)

De acuerdo con el artículo 266,6 Constitucional corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, la atribución de “conocer los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley”. De otra parte, los artículos 23 de la LOJCA, numeral 21, y 26, numeral 21 de la LOTSJ, atribuyen a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para “conocer de los recursos de interpretación de leyes de contenido administrativo”.

Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto 1993. pp. 94-112.

59 Es decir, es decir, aquellos actos entendidos como manifestaciones de voluntad de la administración que se deducen de actuaciones positivas y colaterales vinculadas al caso concreto y que son desarrollados por ella misma.

60 Véase para mayor profundidad sobre el tema: Rafael Badell Madrid “El Recurso de Nulidad”, en *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo*, en XXVII Jornadas «J.M Domínguez Escovar», Barquisimeto 2003. (Parte II), “El Recurso de Nulidad”, en *Derecho Contencioso Administrativo, Libro Homenaje al Profesor Luís Henrique Farías Mata*. Colegio de Abogados del Estado Lara, Librería J. Rincón. Barquisimeto – Estado Lara 2006, “La Demanda de Nulidad”, en XXVIII Jornadas «J.M Domínguez Escovar», Barquisimeto Marzo 2013, y “La Demanda de Nulidad” en XVII Jornadas Centenarias Internacionales: Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: Vigencia, Reforma e Innovación. Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Instituto de Estudios Jurídicos «Dr. José Ángel Castillo Moreno». Valencia, 2014.

c. La resolución de las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades (artículos 76 al 86 de la LOJCA)

Las controversias administrativas se refieren a enfrentamientos entre autoridades públicas que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa. Existen dos tipos de controversias administrativas: las controversias entre entes públicos territoriales (artículo 26,7 LOTSJ), que comprenden actos preparatorios o definitivos realizados simultáneamente por las autoridades para ejercer funciones iguales respecto a una misma materia, o funciones diferentes pero que se opongan entre sí; y las controversias entre autoridades (artículo 26,8 LOTSJ), que, según la jurisprudencia (sentencia 1468 de fecha 27 de junio de 2000; Caso: Carlos Manuel Ortiz): a´ Se manifiestan entre organismos, autoridades o entes públicos distintos y no en el seno de un mismo organismo. b´ Se manifiestan entre organismos o autoridades legítimas, en cuanto a sus atribuciones, es decir, la controversia no constituye un problema de legitimidad de las autoridades, sino más bien de titularidad competencial. c´ Deben afectar el orden público.

d. Los reclamos por la prestación de servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos (artículos 65 al 75 de la LOJCA)

La Sala Constitucional, en decisión de fecha 15 de diciembre de 2005 (Caso: CADAPE), estableció los elementos que califican una actividad como servicio público, a saber: Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general; que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta; que el

Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios; que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas, y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de derecho público. Ejemplo: la electricidad, servicio de saneamiento y agua potable y telefonía básica, suministro de gas, servicio de aseo urbano.

e. Las reclamaciones contra las vías de hecho atribuidas a los órganos del Poder Público (artículos 65 al 75 de la LOJCA)

Las vías de hecho se refieren a la actuación material en la que incurre la administración pública y que ha debido legitimarse mediante la producción de un acto administrativo previo. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló mediante sentencia N° 912 del 5 de mayo de 2006, que los supuestos generadores de la misma se pueden dividir en dos grupos: a´ Inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura (de la actuación material). b´ Exceso en la propia actividad de ejecución en sí misma considerada.

f. La abstención o la negativa de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por ley (artículos 65 al 75 de la LOJCA)

Sobre la naturaleza, procedencia y formalidades del recurso por abstención o inactividad de la administración, igualmente se pronunció el Magistrado Luis Henrique Farías Mata, mediante del 28 de febrero de 1985, caso “Eusebio Igor Vizcaya Paz”, expresando en esa ocasión que:

*"(...) El objeto del recurso por abstención no es, como se ha dejado expuesto, ni un acto administrativo, ni la indebida ausencia, por vía general, de este, ni una ilícita actuación material de la Administración, sino "la abstención o negativa" del funcionario público a actuar, es decir, a cumplir determinado acto –en el sentido de actuación– del cual el supuesto de hecho se encuentra previsto en una ley específica, pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone. El objeto de este recurso es, pues, una conducta omisa del funcionario"*⁶¹.

g. Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual y extracontractual de los órganos que ejercer el Poder Público (artículo 9, numerales 4, 5, 8 y 9; y artículos 56 al 64 de la LOJCA)

Incluye las demandas que se ejerzan contra la República, los Estados, los Municipios, los institutos autónomos, entes públicos o empresas o cualquier otra forma de asociaciones en las cuales la República, los Estados, los Municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva (artículos 56 al 64 de la LOJCA).

61 *"Los términos de los textos de derecho positivo venezolano ya citados, permiten deducir que en ellos no se regula la abstención frente a la obligación genérica (inconcreta, por tanto, en su formulación general) que tienen los funcionarios de actuar en ejercicio de atribuciones correspondientes al respectivo cargo. Antes bien, debe tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente, la cual ha de presentarse como un paradigma de contraste que sirva para verificar si la abstención existe, en efecto, respecto del supuesto expresa y especialmente previsto en la norma, y, por tanto, si procede o no el respectivo recurso". Cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de febrero de 1985, consultada en XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, Tomo III, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 1993. pp. 223 y ss.*

Cuando la LOJCA se refiere a las demandas de contenido patrimonial, trata el medio de impugnación mediante el cual se da trámite a las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por la responsabilidad contractual y extracontractual de la administración; las pretensiones ligadas al cumplimiento o la resolución de un contrato administrativo. De esa forma, en el contencioso administrativo se distinguen dos tipos de responsabilidad de la administración pública, a saber:

a' Responsabilidad extra-contractual: Respecto al régimen de la responsabilidad de la administración, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado sentado en varias decisiones, que conforme a la Constitución de 1999 en sus artículos 3, 21, 30, 133, 140, 259 y 316 queda establecida de manera expresa, la responsabilidad patrimonial de la administración pública, por los daños que sufran los particulares como consecuencia de su actividad. Establece el artículo 140 de la Constitución de 1999 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública⁶².

b' Responsabilidad contractual: En ese sentido, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con

62 Sobre este medio de impugnación téngase especialmente en cuenta, con motivo del presente homenaje al Dr. Luis Henrique Farías Mata, su voto salvado en el fallo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1993, caso "Silvia Rosa Riera", en el cual señaló que: "(...), la responsabilidad que puede corresponder a las personas morales de Derecho público por el ejercicio de la actividad administrativa, no es general ni absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada –no con todo fundamento– madre del Derecho administrativo, no se rige, en efecto, directa ni literalmente por las reglas del Derecho Civil, concebidas para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que debe determinar, como ya lo ha hecho, el juez venezolano del contencioso administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado, y la necesaria conciliación de los intereses particulares con el interés general en la prestación del servicio."

ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata mediante sentencia de fecha 14 de junio de 1983 dictó la célebre decisión Acción Comercial C.A. retomando, en forma definitiva, la teoría general de los contratos administrativos. En dicha sentencia, el Supremo Tribunal, a la par que reconoció la existencia de contratos administrativos –distintos de los “de derecho común” celebrados por la administración–, ratificó la noción de servicio público como identificadora de esta modalidad contractual.

La LOJCA, no establece de forma expresa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer sobre las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos, como sí lo hacía la LOCSJ del año 1976, en su artículo 42, numeral 14, lo que dio origen a una abundante creación jurisprudencial. Sin embargo, en razón de que una de las características fundamentales de todo contrato administrativo es que una de las partes intervinientes sea necesariamente la administración pública podemos inferir que la posibilidad para los particulares de interponer acciones por ante la jurisdicción contencioso administrativa, suscitadas en razón de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, viene a ser definida por los numerales 4, 5, 8 y 9 del artículo 9 de la LOJCA.

h. Las actuaciones, abstenciones, negativas o las vías de hecho de los consejos comunales y de otras personas o grupos que en virtud de la participación ciudadana ejerzan funciones administrativas (artículos 65 al 75 de la LOJCA)

VI. LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Una de las más importantes características del juez contencioso administrativo es que por ley ha sido dotado –para brin-

dar la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de los ciudadanos frente a la administración- de ciertas potestades que lo diferencian de los jueces ordinarios. La fuente de dichos poderes se encuentra principalmente en la Constitución, en la LOJCA y en la LOTSJ, pero a su vez podemos encontrarlos en otros ordenamientos que de igual manera le otorgan poderes al juez contencioso administrativo, entre ellos la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes especiales como, por ejemplo, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, la Constitución, en el artículo 259, y diversas leyes dotan al juez contencioso administrativo de amplias facultades para controlar la legalidad de los actos, hechos, actuaciones, y abstenciones de la administración pública, así como para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Así el juez intervendrá en la admisión, sustanciación, decisión y ejecución de sentencias en los supuestos que se mencionan en el artículo 9 en concordancia con los artículos 56, 65 y 76 de la LOJCA, es decir, con motivo de los medios de impugnación referidos en el punto inmediatamente anterior.

El juez tiene la dirección y mando del proceso desde que éste se inicia hasta su definitiva conclusión, pudiendo adoptar todas las medidas necesarias para evitar que el proceso se paralice y obtener la mayor celeridad y economía en su desarrollo⁶³.

Ahora bien, los poderes procesales del juez contencioso administrativo pueden agruparse dentro de las distintas

63 Siendo el director del proceso, el juez puede actuar de oficio, *in limine litis* o inaudita parte. Justamente con la actuación de oficio por parte del juez es donde encontramos reflejado el principio inquisitorio que caracteriza al contencioso administrativo. En efecto, conforme al artículo 30 LOJCA, los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “conocerán a instancia de parte, o de oficio cuando la ley lo autorice”.

etapas del proceso contencioso. En ese sentido, observamos los poderes del juez en la iniciación, en la sustanciación, en la decisión y en la ejecución del proceso contencioso administrativo.

1. Poderes en la iniciación del proceso

En la iniciación del proceso contencioso administrativo, el juez está facultado para solicitar los antecedentes administrativos⁶⁴ (en el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación de leyes y controversias administrativas, artículo 79 LOJCA).

Así también, el juez contencioso administrativo tiene la potestad de pronunciarse sobre la admisibilidad o no del recurso (artículo 35 de la LOJCA). En este sentido, el juez tiene la posibilidad de rechazar *in limine litis* y aún de oficio, es decir, sin ninguna gestión de las partes, cualquier demanda que se encuentre dentro de los supuestos establecidos en el artículo 35 de la LOJCA⁶⁵.

64 La remisión de los antecedentes administrativos tiene las siguientes características:

a' Naturaleza de la solicitud: Los antecedentes administrativos podrán ser solicitados a instancia de parte o de oficio, pero en todo caso constituye una *potestad discrecional del Juez* (Sentencia SPA del 9 de julio de 1992). *b' Efectos de la no remisión del expediente administrativo:* Los antecedentes administrativos constituyen una carga procesal para la administración y su no remisión establece una presunción desfavorable a la pretensión del actor (Sentencia SPA del 27 de octubre de 1987). *c' Efectos de la no remisión en materia sancionatoria:* Ante la falta de remisión del expediente administrativo el juez debe decidir a favor del inculcado (Sentencia SPA del 12 de diciembre de 1974). (Actualmente las sanciones están expresamente previstas en el texto de la LOJCA). *d' El carácter "secreto" del antecedente administrativo:* La remisión de los antecedentes administrativos permiten al recurrente conocer a cabalidad los motivos del acto administrativo recurrido y ejercer así plenamente su derecho a la defensa en sede judicial. En aquellos casos en los cuales el antecedente sea calificado de reservado o confidencial, ello no impide al juez ordenar su remisión, aún bajo el calificativo de reservado.

65 El artículo se refiere, por su parte, a las causales de inadmisibilidad de la demanda de los procedimientos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre las cuales se mencionan: 1) Caducidad de la acción.

De otra parte, el juez tiene la potestad, de acuerdo con el artículo 4 de la LOJCA, de ejercer las más amplias potestades cautelares, por lo cual podrá dictar, aun de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación o caso en concreto, tales como, la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado así como otras medidas cautelares innominadas⁶⁶, inclusive estará facultado para decretar amparos cautelares.

2. Poderes en la sustanciación del proceso

El juez contencioso administrativo tiene la facultad para ordenar la notificación de los interesados en el auto de admisión (artículo 80 LOJCA)⁶⁷.

Así también, en la sustanciación del proceso, el juez tendrá las más amplias potestades probatorias tales como declarar

2) Acumulación de pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles. 3) Incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa. 4) No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad. 5) Existencia de la cosa juzgada. 6) Existencia de conceptos irrespetuosos. 7) Cuando sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley.

66 En este sentido pueden imponer órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la administración pública, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa. Asimismo el artículo 104 dispone que el tribunal podrá acordar, en cualquier estado y grado del procedimiento, las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

67 Conforme a la LOJCA, el Juez debe, en el auto de admisión, ordenar a la parte accionante la notificación de los interesados mediante cartel que deberá ser publicado en un diario que indique el propio Tribunal, para que comparezcan a hacerse parte e informarse de la oportunidad de la audiencia de juicio. Dicha orden es obligatoria para el caso de nulidad de actos administrativos generales, sin embargo, para los de carácter particular, el juez al ordenarlo tendrá que justificarlo de forma razonada.

admisibles o no las pruebas (artículo 62 LOJCA)⁶⁸, declarar terminado el lapso de evacuación de pruebas por haberse practicado las pruebas promovidas y admitidas, sin tener que esperar el vencimiento total de dicho lapso (artículo 62 LOJCA)⁶⁹, prorrogar el lapso de evacuación de las pruebas (artículo 62 LOJCA)⁷⁰, solicitar información y evacuar de oficio las pruebas que juzgue convenientes (artículo 39 LOJCA), así como valorar las pruebas⁷¹.

3. Poderes decisorios

Es cierto que los poderes del juez contencioso exceden el ámbito de las pretensiones y las sentencias puramente declarativas para admitir (por mandato constitucional) las de condena contra la administración (de hacer, no hacer y de dar). Sin embargo, hay que tener presente que, como todo proceso, el contencioso administrativo está sometido al principio de la “congruencia procesal” por el cual el juez, en sus decisiones debe atenerse a lo alegado y probado en autos (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil).

68 La admisión en el contencioso administrativo guarda las mismas formalidades del procedimiento civil, es decir, el juez tiene 3 días de despacho para pronunciarse sobre su admisión y cuando existe oposición este lapso se puede extender. Los límites de la admisión de las pruebas será la revisión por parte del juez de los elementos de impertinencia y legalidad de las mismas. Como en toda vía judicial la regla es el principio de la libre admisión de la prueba y la negativa sólo será producto de su impertinencia o ilegalidad.

69 Igualmente podrá suprimir el lapso de evacuación de pruebas para el supuesto en el que las partes solo promuevan medios de pruebas que no requieran evacuación.

70 Cuando no sean suficientes los 10 días dispuestos en la LOJCA para evacuar las pruebas, el juez podrá, a instancia de parte, prorrogar dicho lapso por diez días más.

71 En el proceso contencioso administrativo el sistema de valoración es el mismo acogido por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 507, el cual señala que salvo que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

Anteriormente, los poderes del juez contencioso administrativo en la decisión del fallo habían sido consagrados de forma clara y amplia en el artículo 131, el cual disponía que “En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Este valioso artículo de la LOTSJ fue acogido por el oscuro e impreciso texto de la LOTSJ del año 2004, en su artículo 21, párrafo 17⁷²; sin embargo, fue suprimido de la LOTSJ del año 2010 y tampoco es mencionado en la LOJCA.

Ahora bien, hoy día se entiende que acuerdo con los términos de las pretensiones formuladas por el actor y con base a lo dispuesto en la Constitución (artículo 259), el juez contencioso administrativo tiene amplios poderes para resolver la *litis* en la sentencia. De esta forma, el juez contencioso administrativo, en la oportunidad de sentenciar podrá:

A. En el caso de las sentencias que decidan una demanda de nulidad de actos administrativos, anular total o parcialmente el acto administrativo y determinar los efectos de su

72 En efecto, el artículo 21, 17 establecía en términos muy similares al artículo 131 de la LOCSJ que: “En su fallo definitivo el Tribunal Supremo de Justicia declarará, si procede o no, la nulidad de los actos o de los artículos impugnados, y determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo; igualmente podrá, de acuerdo con los términos de la solicitud, condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Cuando la acción hubiese sido temeraria o evidentemente infundada, impondrá al solicitante multa entre cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y cien unidades tributarias (100 U.T.)”.

decisión en el tiempo. Parte de la doctrina ha admitido que existe la posibilidad para el juez contencioso de modificar el acto administrativo. Sobre este particular no hay un criterio uniforme, toda vez que ello parece contrariar el principio de separación de los poderes al entenderse que la facultad de modificar los actos administrativos es privativa de la administración. Díaz Candia afirma que cuando un juez contencioso administrativo declara la nulidad parcial del acto, de alguna manera lo está modificando, pero en sentido negativo (por sustracción), lo cual, en la práctica, tiene los mismos efectos de una modificación⁷³.

Otro punto que incide directamente en el tema de la separación de poderes es la potestad que tiene el juez de convalidar los actos administrativos, lo que implicaría una mayor actividad positiva por parte del mismo, actividad que en principio estaría reservada a la administración.

B. Como hemos dicho previamente, el juez tiene facultades más amplias que los limitados poderes de pronunciamiento sobre la validez o invalidez del acto recurrido. En la sentencia el juez puede disponer de todo lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Nos referimos de esta forma a las órdenes y declaraciones que se reconocen en el derecho contencioso administrativo francés como los poderes de plena jurisdicción del juez contencioso administrativo y que en Venezuela, en forma amplísima, son otorgados a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en razón de los artículos 259 de la Constitución y 8 y 9 de la LOJCA a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Igualmente son conocidos como poderes extra-acto, y al respecto es necesario destacar que los mismos están condicio-

73 Hernández Díaz Candia, "Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo en Venezuela", en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 11. Caracas, 1994.

nados a la declaratoria con lugar, al menos parcialmente, de la pretensión de anulación del acto administrativo recurrido⁷⁴. De esta forma, el juez contencioso administrativo, para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la administración, tiene la potestad de:

- a. *Condenar al pago de sumas de dinero* (órdenes de dar). Ej. Prestaciones dinerarias debidas en virtud de un contrato; o en virtud de una relación de servicio público.
- b. *Condenar a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración* (órdenes de dar). Estos casos están referidos a la responsabilidad administrativa contractual o extra-contractual: ej. Por hecho ilícito.
- c. *Disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.*

C. El juez contencioso, como ya se indicó, puede en su decisión, determinar los efectos de la sentencia en el tiempo en caso de anulación de actos, tanto de efectos generales como particulares.

74 Este criterio ha sido sustentado por la jurisprudencia en numerosos fallos, entre los cuales podemos destacar la sentencia de fecha 8 de julio de 1993, caso: Master Breaker Iluminado, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se señaló: “*El supuesto del artículo 131 de la Ley Orgánica que rige a esta Corte, es el de pretensiones sucesivamente condicionadas, en el que, como antes se indicó, la procedencia de la segunda pretensión (pretensión adicional de condena) sólo es posible en el caso de que proceda la primera (pretensión de anulación)*” (paréntesis añadido). Asimismo encontramos el caso “Héctor Zamora Izquierdo” contenido en sentencia de la Sala Político administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de junio de 1982, en el cual se ordenó restituir al recurrente en el cargo de juez del cual había sido removido por el acto impugnado, o en otro de igual o superior jerarquía, en la misma o en otra circunscripción judicial, en este último caso previo consentimiento del interesado, todo ello además de la anulación del acto impugnado.

Los efectos de la decisión pueden ser:

- *Ex-tunc: desde el momento en que se dictó el acto.*
- *Ex-nunc: desde el momento de la sentencia.*
- *Otros: Ejemplo, desde el momento de publicarse en Gaceta Oficial, para el caso de actos de efectos generales.*

Véase al respecto sentencias de fecha 12 de mayo de 1985, caso: Ordenanza de Zonificación de Urbanización Ciudad Balneario Higuerote (Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia), asimismo, sentencia del 13 de noviembre de 1986 (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)⁷⁵.

D. Además del poder de anulación, la jurisdicción contencioso administrativa puede ejercer la competencia relativa a la interpretación de leyes de contenido administrativo (artículo 9, numeral 5 de la LOJCA), en la cual el juez tiene la facultad de conocer de las demandas de interpretación y mediante sentencia determinar el alcance e inteligencia de los textos legales, siempre y cuando esa decisión no signifique una sustitución del medio o recurso que disponga la ley para dirimir la situación que se trate.

E. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según precepto constitucional (artículo 266, numeral

75 Vale la pena mencionar: *“Para decidir la cuestión es necesario precisar previamente si la decisión del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato que modifica la regulación establecida por el organismo administrativo constituye un acto anulatorio o constituye un acto revocatorio. En efecto, si la decisión del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato es anulatoria, su efecto es ex-tunc, esto es, hacia el pasado, arrasando con todo aquello que se hubiese podido producir desde el momento que fue dictado hasta el momento en que fue declarada su extinción, en virtud de que adoleció de un vicio de tal naturaleza que impidió su existencia y, en consecuencia, la producción de su eficacia. Por el contrario, si se estima que el acto es revocatorio, su efecto es ex-nunc, esto es, desde el momento en que es dictado el acto, por lo cual con su pronunciamiento no se afectan los efectos que hubiesen podido producir con anterioridad a su emanación (sic)”.*

4), tiene la facultad de “dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado o Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal”⁷⁶.

En la sentencia que dirima las controversias suscitadas, el juez contencioso deberá decidir qué entidad tiene constitucionalmente la competencia para ejercer las funciones que son objeto de la disputa entre los entes políticos territoriales.

4. Poderes en la ejecución de la sentencia

Cumplir lo ordenado por la sentencia es una exigencia de la tutela judicial efectiva, y, por tanto, un derecho fundamental consagrado en el artículo 26 de la Constitución. En efecto, citando a González Pérez, «[...] la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –que suelen reconocer todas las Constituciones– comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»⁷⁷.

De esta forma, no es suficiente que el administrado afectado pueda hacer valer sus derechos y pretensiones por ante los tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto planteado, sino que será menester además

76 Esta competencia, que da origen al poder de la solución de las controversias administrativas, ha sido atribuida igualmente a dicha Sala por la LOTSJ (artículo 26, numeral 7, y artículo 8) y la LOJCA (artículo 9, numeral 6, y artículo 23, numeral 7), salvo en el caso de controversias entre Municipios de un mismo Estado por el ejercicio de una competencia directa e inmediata en ejecución de la ley (artículo 25, numeral 9 de la LOJCA; artículo 26, numeral 7 de la LOTSJ).

77 Cfr. Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Ob. cit. p. 391.

que se cumpla con lo decidido por el tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial. En efecto, con la ejecución de la sentencia condenatoria cobra virtualidad práctica el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución, así como el artículo 140 que prevé la responsabilidad del Estado⁷⁸.

García De Enterría ha señalado que sólo puede hablarse de verdadera jurisdicción si el vencedor en un proceso puede imponerle al vencido la ejecución forzosa de la sentencia. Si la ejecución de los fallos queda librada a buena voluntad de los funcionarios administrativos, la obligación impuesta a la administración a través de la sentencia pudiera llegar a transformarse en un mero deber moral, en una “obligación natural” y, por tanto, completamente incoercible⁷⁹.

Por otra parte, la ejecución efectiva de los fallos deriva no sólo de la facultad restablecedora del juez contencioso, sino de la autonomía e independencia que presupuesta el Poder Judicial como verdadera rama del Poder Público y equilibrio frente a los otros poderes que está llamada a controlar⁸⁰. De allí que nuestra jurisprudencia haya señalado que el derecho a la ejecución de sentencias es un derecho implícito al derecho a la tutela judicial efectiva que se encuentra informado por una serie de

78 Tal como lo estableció acertadamente la Corte Suprema de Justicia, el derecho constitucional de acceso a la justicia “no sólo se comprende de la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten”. Cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 22 de noviembre de 1990. Magistrado Ponente: Dr. Román J. Duque Corredor. Juicio: E. Fuentes y otros en amparo (Caso: Mochima). Exp. 6810.

79 Eduardo García De Enterría, Prólogo a la Obra de Miguel Beltrán de Felipe intitulada *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*. Editorial Civitas, Madrid, 1995. p. 17.

80 El artículo 256 de la Constitución consagra la autonomía e independencia de los jueces que implica, en materia de ejecución de sentencias, la autoridad del poder judicial para hacer obedecer sus decisiones a los demás órganos del Poder Público en virtud de dos funciones fundamentales: juzgar y ejecutar lo juzgado.

principios cuya inobservancia por el Estado acarrea su responsabilidad⁸¹.

Debemos tener presente que en la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana los procedimientos de ejecución de sentencias⁸² condenatorias contra la administración pública son comunes para las decisiones dictadas en cada uno de los procedimientos de primera instancia establecidos en la LOJCA, vale decir, procedimiento breve, procedimiento común y procedimiento de demandas de contenido patrimonial. A su vez, es necesario resaltar que existen diversos mecanismos de ejecución de sentencias dependiendo de los órganos o entes que resultaren condenados con la sentencia, por lo que intervienen en la regulación de la misma diversas leyes como la LOJCA (artículos 107 al 111), la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁸³ (artículos 99 y 100), y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁸⁴ (artículos 158 y 159).

Creemos que las previsiones contenidas en la Constitución que consagran la autonomía e independencia del Poder Judicial⁸⁵, el principio de legalidad conforme al cual la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público queda sujeto a los mandamientos constitucionales y legales⁸⁶, el derecho funda-

81 La potestad del juez de ejecutar sus sentencias tiene fundamento constitucional, es en efecto manifestación de la tutela judicial efectiva y de la efectividad del principio de responsabilidad del Estado. Hasta ahora esta base constitucional ha permitido interpretaciones y aplicaciones supletorias que tienden a mejorar este aspecto, debilidad del contencioso.

82 Bien explica González Pérez la indudable y necesaria existencia de un proceso administrativo de ejecución, que tiene por objeto una pretensión que no se satisface positivamente con la sola declaración de voluntad del juez, sino una pretensión que se satisface positivamente si el juez, el tribunal, ordena realizar una conducta distinta al mero declarar, que provoca no un cambio ideal en la situación existente entre las partes, sino un cambio físico, real o material. Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Segunda edición, Edit. Civitas, Madrid, 1992.

83 Gaceta Oficial N° 6.220 extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016.

84 Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

85 Artículo 254 de la Constitución.

86 Artículo 137 de la Constitución.

mental a la tutela judicial efectiva⁸⁷, el derecho a la igualdad y la igualdad procesal como manifestación de aquél⁸⁸, y el principio de la responsabilidad patrimonial de la administración pública permiten afirmar, sin duda, la posibilidad de ejecutar sentencias contra la administración y obligarla a cumplir con las condenas dinerarias o de cualquier otro tipo que se hubieren acordado en su contra.

Además de las consideraciones formuladas sobre la justicia administrativa desde el punto de vista sustantivo, orgánico y procesal en Venezuela, es pertinente también referirnos al aporte de la doctrina sobre la materia. A la extraordinaria contribución que realizó el Dr. Luis Henrique Farías Mata, homenajeado en la presente edición de la REDAV, se suma un destacado grupo de jueces encargados, desde los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, de abrir el camino jurisprudencial en esta materia. Dentro de esta estelar gama de sentenciadores del contencioso administrativo un lugar especial para el Dr. René De Sola, Domingo Antonio Coronil, Julio Ramírez Borges, Josefina Calcaño de Temeltas, Hildegard Rondón de Sansó, Cecilia Sosa Gómez, Alfredo Ducharne, Román José Duque Corredor. A ellos correspondió la aplicación inicial de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) y otras leyes administrativas, de relación y de organización, destinadas a regular los procesos contencioso-administrativos de nulidad contra actos generales o individuales y los grandes temas del derecho administrativo: acto administrativo, contrato administrativo y responsabilidad administrativa se abrieron paso, jurisprudencialmente, a partir de sus decisiones.

Otros muy importantes jueces de esta jurisdicción: Jesús Caballero Ortiz, Humberto Briceño León, Belén Ramírez Landaeta, Gustavo Urdaneta Troconis, María Amparo Grau, Lourdes Wills, Ana María Ruggeri, Perkins Rocha Contreras

87 Artículos 26 y 259 de la Constitución.

88 Artículo 21 de la Constitución.

y Juan Carlos Atpiz contribuyeron al derecho administrativo, de nuevo, mediante la resolución de los casos concretos y la docencia en el tema.

El ilustre también maestro de maestros Allan Brewer Carías y Eloy Lares Marrtínez, Antronio Moles Caubet, José Guillermo Andueza, Gabriel Ruan Santos, Juan Garrido Rovira, Nelson Socorro Caldera, Luis Beltrán Guerra, José Araujo-Juárez, Carlos Ayala Corao, Armando Rodríguez García, Freddy Orlando, Manuel Rachadell, Judith Bentata, Henrique Meier Echeverría, Gustavo Briceño, José Peña Solís, Ana Elvira Araujo, Henrique Iribarren Monteverde, Humberto Romero Muci, José Antonio Muci, Gustavo Linares Benzo, Luis Fraga Pitaluga, Gerardo Fernandez, Antonio Canova, Nicolás Badell Benítez, José Ignacio Hernández y Daniela Urosa Maggi son algunos, hay otros mas, de los muy competentes profesores, autores de libros y estudios y abogados litigantes que han contribuido al desarrollo del contencios administrativo en Venezuela.

SOBRE LA TENDENCIA HACIA LA ESPECIALIZACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: Estudio y análisis de la evolución del contencioso administrativo en América Latina, desde su concepción en los distintos países hasta su regulación en la actualidad, evidenciando así que la tendencia general ha sido la de establecer una especialización orgánica de esa jurisdicción.

Palabras Clave: Jurisdicción. Contencioso administrativo. Órganos judiciales. Especialización.

Summary: Study and analysis on the evolution of the contentious administrative jurisdiction in Latin America since its origin to current regulation that reveals the general trend of establishing an organic specialization for this jurisdiction.

Key words: Jurisdiction. Contentious administrative. Judicial Organs. Specialization.

Recibido: 3 de marzo de 2019 Aceptado: 12 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. La especialización orgánica de la justicia administrativa
- II. La constitucionalización del contencioso administrativo
- III. La codificación del contencioso administrativo

Me complace mucho tener esta oportunidad de participar en esta obra homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata, distinguido amigo, destacado profesor y apreciado juez durante los años de la Venezuela democrática.

Lo conocí en 1959 cuando estando yo estudiando el segundo año de la carrera de derecho en la Universidad Central de Venezuela, trabajé con él durante unos meses –en lo que sería el primer trabajo de vida–, como Escribiente en el Juzgado Quinto de Parroquia de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que Farías regentaba como Juez, y que entonces estaba situado en el Edificio Las Gradillas, en la Esquina Las Gradillas en la Plaza Bolívar de Caracas; en el mismo edificio donde funcionaba la Biblioteca Rojas Astudillo de los Tribunales del Distrito Federal, a la cual comencé a frecuentar asiduamente.

Desde entonces hicimos amistad. Ese mismo año de 1959, incluso trabajé con él durante otros meses, como Pasante en el Escritorio de abogados en el cual comenzó a ejercer la profesión de abogado, hasta que pasé a trabajar como Escribiente en el Juzgado Primero Mercantil de Caracas que Gonzalo Pérez Luciano, quien había sido mi profesor de Derecho Administrativo I en la Facultad (1958-1959), regentaba como Juez. Mi experiencia tribunalicia terminó en 1960 cuando comencé a trabajar como Auxiliar de Investigación en el Instituto de Derecho Público, que entonces dirigía el profesor Antonio Moles Caubet, en el cual permanecí adscrito durante 27 años, habiendo sido durante los últimos diez años su Director (1978-1987).

A Farías Mata lo vería después, en el último año de mi carrera de derecho, en 1961-1962, cuando me inscribí en el Seminario electivo que había comenzado a dar sobre el contencioso administrativo; año durante el cual cultivamos amistad personal. Conoció a mi esposa –ya yo estaba casado desde antes de comenzar ese último año de la carrera- y en más de una ocasión salimos socialmente, con él y su distinguida esposa peruana.

Aun cuando con posterioridad dejamos progresivamente de tener contacto personal, salvo la relación académica en la Facultad, donde fue destacado Decano; y la relación profesional, con el Juez destacado que fue. En la Escuela de Estudios Políticos de la Facultad, creada durante su gestión como decano, hacia finales de los ochenta incluso le dio precisamente a mi esposa clases en la Escuela de Estudios Políticos de la Facultad, en un curso de procedimientos administrativo.

Ahora bien, cuando en las clases en el Seminario de Farías Mata en 1961, éste nos comenzó a explicar, en forma organizada, el tema del contencioso administrativo –que para la época no era parte del programa ni se estudiaba en los cursos de derecho administrativo I y II–, el tema para nosotros era por supuesto novedoso, siendo además, la situación del conocimiento de la materia en el país, totalmente precaria y desconocida –recuérdese que incluso, la rica jurisprudencia que ya había en la materia era completamente desconocida–, como lo era en general en el resto de América Latina. En España, el tema había comenzado a tener importancia profesional y académica, pues se venía de sancionar unos años antes, en 1956, la muy importante Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual, sin duda, Farías había estudiado durante el tiempo que pasó en Madrid después de graduado, y antes de comenzar su actividad docente en Caracas.

Habiendo sido nuestro contacto académico, precisamente, el tema del contencioso administrativo, me ha parecido entonces lo apropiado dedicarle, en su homenaje, las reflexiones que

siguen sobre la evolución del régimen contencioso administrativo en América Latina, precisamente durante los casi sesenta años que han transcurrido desde que, en aquel Seminario de 1961, en los cuales se consolidó su especialización.

Sin duda, el progresivo sometimiento de la Administración Pública a la legalidad en los países latinoamericanos, en un proceso desarrollado con todos los altibajos imaginables por las recurrentes rupturas de la estabilidad constitucional, fue lo que en definitiva originó el progresivo establecimiento de mecanismos judiciales de control de la actividad de la misma. Ello no significó, sin embargo, que no se hubiesen establecido competencias expresadas de orden judicial en la materia, como precisamente fue el caso en Venezuela, donde desde 1830, se le asignó competencia a la Corte Suprema para “conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes” (Art. 145, Constitución de 1830), y desde la Constitución de 1925, se le hubiese atribuido competencia para “declarar la nulidad de los decretos o reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas” (art. 120). Ello progresivamente se transformó en una competencia para “declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho e incluso por desviación de poder,” como se declaró en la Constitución de 1961 (art. 206; y se repite en la Constitución de 1999, art. 259), en una redacción que se inspiró en la Constitución de Uruguay –gracias a la asesoría puntual, dada en 1961, por el profesor uruguayo Enrique Sayagués Laso cuando visitó Caracas– que asigna al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.)

En Uruguay, así, y antes en Colombia, por ejemplo, esa tendencia a regular una justicia concentrada en materia contencioso administrativa adquirió la importante característica de la

especialización, al crearse una Jurisdicción contencioso administrativa dentro del orden judicial. En el caso de Colombia, en efecto, en 1913 se creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y los tribunales seccionales de la contencioso administrativo para conocer de los procesos contra la Administración Pública; y luego, a partir del año siguiente, en 1914, se asignaron las funciones del primero al Consejo de Estado, el cual, como institución aun cuando sin competencias jurisdiccionales, venía funcionando desde 1830.¹ Así, el Consejo de Estado, desde 1914 ha actuado entonces como órgano jurisdiccional especializado para controlar la actividad de la Administración Pública, diferente a la justicia ordinaria, pero integrado en el universo del Poder Judicial, como una más de las altas Cortes de Justicia, además de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.²

En esta forma, la más importante tendencia que se puede apreciar si se analiza la Jurisdicción Contencioso Administrativa en América Latina en los últimos sesenta años, es la de su especialización manifestada en la creación de tribunales específicos que la conforman, de manera que salvo en países que recibieron desde comienzos del siglo XIX influencias directas del sistema judicial norteamericano de *judicial review*, como Argentina y Brasil, en los cuales las competencias contencioso

1 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia,” Conferencia en el XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Bogotá, 1 de noviembre de 2017.

2 Véase Libardo Rodríguez Rodríguez, “Las características fundamentales de la jurisdicción de contencioso administrativo en Colombia,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 529-560; Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 843 ss.

administrativas se atribuyen a tribunales de la jurisdicción ordinaria, en los demás, salvo el caso disidente de Chile, donde también conocer de la materia contencioso administrativa los tribunales ordinarios, la competencia contencioso administrativa se especializó sea atribuyéndosela a la Corte Suprema, sea creando tribunales especializados para el control de la actividad de la Administración. Esta *especialización orgánica*, además, dio origen a la progresiva *constitucionalización* de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la *codificación* de la legislación especial sobre la materia. A estas tres características van destinadas las notas que sigue.

I. LA ESPECIALIZACIÓN ORGÁNICA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La tendencia hacia la especialización orgánica de la Jurisdicción contencioso administrativa en América Hispana, puede decirse que, como cuestión de principio, se aparta del sistema francés el cual, como es bien sabido, nació de una peculiar interpretación del principio de la separación de poderes condicionada por la desconfianza en los jueces que tuvo su origen en los días de la Revolución francesa.³

De esta peculiaridad histórica derivó la prohibición para los jueces de poder controlar la Administración y sus actos, todo lo cual condujo al sometimiento de la Administración a unos órganos jurisdiccionales separados del Poder Judicial, en particular del Consejo de Estado, y con ello, al propio desarrollo del derecho administrativo en Francia, que tanto influyó en todos los países latinos; influencia que, sin embargo, no

3 En general, Allan R. Brewer-Carías *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008.

comprendió el sistema jurisdiccional administrativo separado del judicial que se desarrolló en Francia.

En América Latina, en todos los países, incluyendo Colombia a pesar de su específica organización de la jurisdicción contencioso administrativa en torno al antes mencionado Consejo de Estado, impera el principio de la judicialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,⁴ quedando claro, como lo han reconocido los propios autores franceses, que una “jurisdicción administrativa” separada de la “jurisdicción judicial,” no es condición necesaria para la existencia misma del derecho administrativo.⁵

Puede decirse, por tanto, que la tendencia en la configuración de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se ha caracterizado en América Latina por seguir el proceso universal de creación progresiva de órganos judiciales especializados para conocer de los procesos contra la Administración, dentro del ámbito del Poder Judicial, despojándose así progresivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria de dichas competencias, aun cuando persisten ciertas excepciones en las cuales la justicia administrativa se imparte por los tribunales ordinarios.

Por supuesto, en ningún caso se pueden considerar en América Latina a los llamados “tribunales administrativos” creados en el seno de la Administración Pública para resolver

4 Véanse las apreciaciones sobre ello de Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 3-32; y en revista *Juris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia, No, 9, oct. 2005, pp. 91-103. No estamos de acuerdo, por tanto, con la apreciación de Jorge Fernández Ruiz en su “Presentación” al libro de Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, donde indicó en forma general que “la justicia contenciosa administrativa se imparte a través de órganos jurisdiccionales que no dependen del Poder Judicial,” p. 13.

5 Véase Jean Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, París, 1962, pág. 118.

aspectos específicos en el mundo regulador,⁶ como por ejemplo fue el caso, en Venezuela, del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato a comienzos de los años sesenta,⁷ y como es el caso de los “tribunales administrativos” como se han desarrollado por ejemplo en Chile⁸ y en Argentina, en este último caso siguiendo incluso el modelo norteamericano,⁹ pero que bajo ninguna circunstancia se pueden considerar como formando parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se trata de órganos de la Administración Pública, que, si bien cumplen funciones jurisdiccionales, en definitiva, emiten actos administrativos, los cuales son en definitiva los que son revisables ante los órganos judiciales que imparten la justicia administrativa.

-
- 6 Véase, por ejemplo, el trabajo de Pedro José Jorge Coviello, “La jurisdicción primaria (Primary Jurisdiction),” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 37 ss.
- 7 Véase lo que expresé en lo que fue mi primer artículo publicado en materia jurídica: Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres de 1° de agosto de 1960,” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 113, Año XXIII, Caracas, julioseptiembre 1960, pp. 217-232.
- 8 Es el caso de los llamados “tribunales especiales,” no integrados en el Poder Judicial, que toman decisiones que agotan la vía administrativa y son impugnables ante las Cortes de Apelaciones. Véase “Claudio Moraga Klenner, “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 482.
- 9 Véase, por ejemplo, Pedro José Jorge Perrino, “La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativo en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso administrativo,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 60- 82. Véase, además, las apreciaciones sobre ello de Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 5, 13, 17 y 29.

Por ello, hasta cierto punto, el desarrollo contemporáneo de estos llamados “tribunales administrativos,” lo que implica es que se trata de una instancia administrativa que debe agotarse, antes de que las decisiones de la Administración se sometan a control judicial por los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.¹⁰

1. Las excepciones: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios

La excepción fundamental, como se dijo, en cuanto a la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la constituyen Argentina y Brasil, países que desde el siglo XIX fueron los que mayor influencia recibieron del sistema judicial norteamericano. En Brasil rige el sistema judicial de jurisdicción única inspirada en el sistema de los Estados Unidos,¹¹ por lo que no se ha desarrollado ninguna especialización jurisdiccional en materia contencioso administrativa.¹² En Argentina, también, en principio son los jueces ordinarios los competentes en la materia,¹³ como también lo son para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, de manera que como lo han destacado Juan Carlos Cassagne y destacó Miriam Ivanega:

“Siempre que exista un caso o una causa judicial, todos los jueces, de todos los fueros e instancias (incluyendo integrantes del Poder Judicial Nacional, provinciales y locales),

10 Véase Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 18.

11 Véase Romeu Felipe Bacellar Filho, “A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 90.

12 *Idem.* p. 85.

13 Véase Miriam Mabel Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 16, 17/18.

pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, decretos reglamentarios, actos administrativos, en estos casos con efectos *erga omnes*.¹⁴

Ello ha llevado incluso a que en la doctrina del derecho administrativo no se estudie el contencioso administrativo con la importancia que existe en todos los demás países latinoamericanos, llegando Agustín Gordillo, por ejemplo, a criticar que se hable de “contencioso administrativo” considerando la materia más bien como “derecho procesal administrativo” fuera del derecho administrativo y en el ámbito del derecho procesal.¹⁵

Sin embargo, esa apreciación general puede decirse que ha comenzado a cambiar, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994, al suprimirse la competencia originaria de Suprema Corte de Justicia en materia contencioso administrativa (art. 166 y 215), estableciéndose que los casos originados por la actuación u omisión de las Provincias, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, realizada en ejercicio de funciones administrativas deben ser juzgados por los tribunales competentes de lo contencioso administrativo de acuerdo al procedimiento establecido por ley,¹⁶ habiéndose con

14 Véase Juan Carlos Cassagne, “El sistema judicialista argentino,” en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Título I, Capítulo Tercero, La Ley, Buenos Aires 2007, p. 49-72; y en “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 26; y Miriam Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 17-18.

15 Véase Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires 2014, pp. XIII-6 y ss.

16 Véase Pablo Esteban Perrino, “La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William

ello establecido en las Constituciones de las provincias tribunales especializados contencioso administrativos.

Otro país en el cual solo se ha originado un principio de especialización algo confuso, es en Chile, donde son los tribunales ordinarios los competentes en la materia, careciendo el país de una Jurisdicción contencioso administrativa con competencia general.¹⁷

Se observa, sin embargo, que desde 1925 la Constitución hizo referencia a que la ley podía crear tribunales administrativos, lo que nunca ocurrió, razón por la cual la Corte Suprema siempre declaró la incompetencia tribunales ordinarios para conocer nulidad de los actos de la Administración. Con posterioridad hubo una evolución jurisprudencial, particularmente a partir de los años setenta¹⁸ mediante la cual el tribunal supremo admitió la competencia de los tribunales ordinarios para declarar nulidad actos administrativos; lo cual fue al poco tiempo cambiada en los años ochenta, volviéndose a la incompetencia judicial para juzgar sobre los actos de la Administración, como prohibición general.¹⁹

A partir de la reforma constitucional de 1989 se eliminó la mencionada referencia que se estableció en 1925 sobre la creación de los tribunales administrativos, y en su lugar lo que se

Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 209.

17 Véase Gladys Camacho Cépeda, "La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales," en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 321.

18 Véase Juan Carlos Ferrada Bórquez, "La Justicia Administrativa en el derecho chileno," en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 149. 152.

19 Idem, pp. 149. 152, 153.

previó en la Constitución (art. 38), fue que “los tribunales que determine la ley” serían los que debían conocer de las reclamaciones presentadas por los particulares contra actos lesivos de la Administración del Estado,” de lo que la doctrina desarrolló la tesis de la asignación de una competencia general y residual a los tribunales ordinarios de justicia para conocer sobre la materia.

Se observa, por otra parte, que mediante ley se han establecido los llamados “tribunales especiales” con competencia para conocer de asuntos específicos, incluso ejerciendo la función jurisdiccional, pero que no son parte del poder judicial. Entre dichos Tribunales especiales que están fuera del Poder Judicial, ese destacan: el Tribunal de Contratación Pública (Ley N° 19886 sobre bases de contratos de suministro) y los Tribunales Tributarios y Aduaneros (Ley N° 20322 que perfecciona la Jurisdicción Tributaria), el Tribunal de Propiedad Industrial (DFL 3/2006 del Ministerio de Economía, que fija texto de la Ley de Propiedad Industrial) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DFL N° 1/2005 del Ministerio de Economía, que fija texto del Decreto Ley N° 211, Ley Antimonopolios).²⁰

Dichos Tribunales, sin embargo, no pueden en general considerarse parte de alguna jurisdicción contencioso administrativa, y más bien son los vehículos para agotar la vía administrativa en las materias específicas, pudiendo sus decisiones ser impugnadas ante las Cortes de Apelaciones.²¹

20 Idem, pp. 155, 156; y Gladys Camacho Céspedes, “La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 327 ss.

21 Véase Claudio Moraga Klenner, “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 482.

Por eso, en general, la competencia en materia contencioso administrativa la ejercen los tribunales ordinarios, sea por expresa disposición de la ley, en casos específicos y casuísticos;²² o en los casos en los cuales no hay leyes que determinen cuál es el tribunal ordinario competente, mediante la denominada “acción de derecho público” ejercida específicamente ante los Jueces de letras civiles.²³

2. La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo

Dejando aparte la situación de Brasil, Argentina y Chile la primera tendencia hacia la especialización de la Jurisdic-

22 Por ejemplo, en los procedimientos de reclamación por pérdida de nacionalidad (art. 12 de la Constitución Política de la República), impugnación de sanciones administrativas que imponga el Consejo Nacional de Televisión (art. 34 de la Ley N° 18838), impugnación de las multas que aplique a un particular la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (art. 19 de la Ley N° 18410), reclamación por acuerdos ilegales de un Gobierno Regional (art. 108 de la Ley N° 19175), impugnación de rechazo a solicitud de inscripción en registro de iglesias y confesiones religiosas (art. 11 de la Ley N° 19638), impugnación de resolución administrativa de Consejo para la Transparencia (art. 24 de la Ley N° 20285), Recurso de Protección (art. 20 de la Constitución Política de la República), Recurso de Amparo Económico (art. único de la Ley N° 18971), impugnación de acto administrativo de suspensión o cancelación de servicio de transporte público de pasajeros (art. 3° de la Ley N° 18696), rechazo a solicitud de inscripción o anotación de vehículo motorizado en el Servicio del Registro Civil (art. 43 de la Ley N° 18290), impugnación del rechazo del reconocimiento de la calidad de indígena (art. 3° de la Ley N° 19253) y impugnación de acto administrativo de rechazo de autorización para celebrar espectáculos deportivos, entre muchos otros casos. En todos ellos es el legislador el que dispone expresamente la competencia de los tribunales ordinarios para impugnar el acto administrativo específico, disponiendo al efecto el tribunal ordinario específico competente. Véase Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 169

23 Ídem., p. 163

ción Contencioso Administrativa que se observa en América Latina, se ha producido mediante la asignación de la competencia judicial, al más alto tribunal del país, específicamente las Cortes Supremas de Justicia, o a un Tribunal Contencioso Administrativo singular.

En cuanto a la atribución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aun solo tribunal superior, por su antigüedad mencionamos el caso de Paraguay, donde la Ley No. 1462 de 1935 le atribuyó al entonces Superior Tribunal de Justicia la competencia en única instancia para conocer del recurso contencioso administrativo (art. 1) contra las resoluciones administrativas (art. 3).

A partir de la reforma constitucional de 1940, dicha competencia fue atribuida igualmente en única instancia al Tribunal de Cuentas, al cual también se le conoce como Tribunal Contencioso Administrativo.²⁴

Igualmente, es el caso mencionado de Panamá donde si bien es cierto que sin duda por influencia de Colombia en 1941 se creó un Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Ley 135 de 1943, luego reformada por la Ley N° 33 de 1946), a partir de la reforma constitucional de 1956 la competencia contencioso administrativa fue asignada a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Ello, por supuesto, en el caso de Panamá, ha originado problemas de acumulación de casos, agravado por el hecho de que la referida Sala no sólo conoce de lo contencioso administrativo sino también de recursos en materia de casación laboral respecto de las resoluciones judiciales dictadas en asuntos obrero patronales del sector privado (art. 97.13 y 99 del Código Judicial, Ley No. 29 de 1984).²⁵ En todo caso, a

24 Véase “Tribunal de Cuentas,” en la página de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay (consultada 25/12/2018), en <https://www.pj.gov.py/contenido/137-tribunal-de-cuentas/137>

25 Véase Javier Ernesto Sheffer Tuñón, “Un camino posible en pos de la reforma del contencioso administrativo en Panamá,” en *La jurisdicción contencioso*

partir de la reforma de 1956, y con la atribución exclusiva a la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia de la competencia en materia contencioso administrativa, se produjo lo que en general se ha denominado “judicialización del contencioso administrativo,”²⁶ pasándose de una jurisdicción contencioso administrativa desconcentrada a una jurisdicción concentrada en la Corte Suprema.

En Guatemala, la competencia en materia Contencioso Administrativa está asignada también a un solo órgano judicial, pero en este caso, un Tribunal Superior de lo Contencioso administrativo, que tiene varias Salas con competencias en materias administrativas y tributarias.²⁷

En Bolivia, Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Procedimiento Administrativo le atribuyeron competencia directamente a la Corte Suprema de Justicia (Tribunal Supremo de Justicia) para ejercer el control judicial de la Administración por la vía contencioso administrativa. Posteriormente, el Tribunal Constitucional mediante sentencia y para asegurar el acceso a la justicia, estableció en una decisión de 2006, que la competencia en los casos de impugnaciones contra actos municipales, debía ser ejercida por los Tribunales Departamentales de Justicia; lo que luego fue recogido en la Ley 620 Transitoria de los Procesos Contencioso Administrativos.²⁸

administrativa en Iberoamérica (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 401

26 Idem, p. 401.

27 Véase Hugo H. Calderón M., “El proceso contencioso administrativo en Guatemala,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 265.

28 Véase José Mario Serrate Paz, “Contencioso administrativo en Bolivia,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 67 ss.

En República Dominicana, conforme al artículo 164 de la Constitución, “la Jurisdicción Contencioso Administrativa esté integrada por tribunales superiores administrativos y tribunales contencioso administrativos de primera instancia. Los tribunales superiores podrán dividirse en salas y sus decisiones son susceptibles de ser recurribles en casación.”

Debe mencionarse que desde la Ley No. 1494, que instituyó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1947, solo reguló un Tribunal Superior Administrativo como jurisdicción para conocer y decidir, en la primera y última instancia, las cuestiones relativas al contencioso administrativo; lo que fue ratificado en 2007 con la Ley No. 13-07 que dispuso que “las competencias del Tribunal Superior Administrativo atribuidas en la Ley No. 1494, de 1947, y en otras leyes, así como las del Tribunal Contencioso Administrativo de lo Monetario y Financiero, serían ejercidas por el Tribunal Contencioso Tributario instituido en la Ley 11-92, de 1992.

Este Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario conforme a la Disposición Transitoria sexta de la Constitución ha pasado de nuevo a ser el Tribunal Superior Administrativo que la Constitución creó.

Sin embargo, se ha considerado que la Suprema Corte de Justicia, en su Tercera Sala o Sala de Tierras, Laboral, Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo también ejerce competencias en materia contencioso administrativa, a través del recurso de casación.

La Ley 13-07 de 2007, por otra parte, previó que en materia contencioso administrativo municipal, el Juzgado de Primera Instancia en sus atribuciones civiles, con la excepción de los del Distrito Nacional y la Provincia de Santo Domingo, son los tribunales competentes para conocer, en instancia única, y conforme al procedimiento contencioso tributario, de las controversias de naturaleza contenciosa administrativa que

surjan entre las personas y los Municipios. Sin embargo, conforme a lo decidido por el Tribunal Constitucional en sentencia de TC/0598/18 del 10 de diciembre de 2018, dicho Tribunal ha reconocido competencia a estos juzgados para conocer de los recursos contencioso-administrativos contra todas las administraciones, y no exclusivamente la municipal, en lo que Eduardo Jorge Prats consideró como la “nacionalización” de jurisdicción contencioso-administrativa.²⁹

Por último, en Uruguay, la competencia en la materia contencioso administrativa está asignada en la Constitución al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), al cual se le asigna competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.) (competencia de anulación), con posibilidad de que mediante ley se puedan crear “órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa” (art. 320).

En paralelo, sin embargo, en lo que Delpiazzo ha denominado como “sistema es de competencias diferenciadas” los tribunales ordinarios del Poder Judicial, ejercen las competencias en “el contencioso de reparación, el contencioso interadministrativo basado en la Constitución, el contencioso represivo y el contencioso de amparo.”³⁰

29 Véase la referencia en Eduardo Jorge Prats, “El Juzgado de 1ª Instancia contencioso administrativo,” en *HoyDigital*, 22 de febrero de 2019, en <http://hoy.com.do/el-juzgado-de-1a-instancia-como-jurisdiccion-contencioso-administrativa/>

30 Véase Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 441.

3. La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo

En contraste con los países donde la justicia contencioso administrativa se asigna a los tribunales ordinarios o a un solo órgano judicial, sea el Tribunal Supremo o un Tribunal Contencioso Administrativo, en los otros países hispano americanos se ha desarrollado el concepto de Jurisdicción Constitucional integrando un conjunto de tribunales especializados para ejercer el control de las actividades y omisiones de la Administración Pública, con la Corte Suprema en la cúspide; siempre, por supuesto, en el marco general del Poder Judicial, bajo el principio de la Justicia Administrativa como sistema “judicialista.”

Es el caso de Costa Rica, donde se organizó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda ejercida por los siguientes órganos: a) Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; b) Los tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; c) El Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; y d) La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de Venezuela, después de haber estado concentrada la Justicia Administrativa, como antes indicamos, en la Corte Suprema de Justicia, desde 1830 (contencioso de los contratos) y luego desde 1925 (contencioso de los actos administrativos); con la constitucionalización del contencioso administrativo a partir de la Constitución de 1961 (art. 206), y la previsión en la norma constitucional de que la ley podía establecer tribunales contencioso administrativos, mediante la sanción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976³¹ se establecieron tres niveles de competencia judicial

31 Véase la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 (LOCSJ) en *Gaceta Oficial* N° 1.893, Extraordinaria del 30-07-76. Véase

contencioso administrativa (Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores Contencioso Administrativos), garantizándose en general el principio de la doble instancia.

Ese proceso se completó con la sanción de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010,³² en la cual se establecieron cuatro niveles de tribunales contencioso administrativos, según la jerarquía de los actos controlados, siempre garantizándose el principio de la doble instancia, disponiéndose entonces en su artículo 11, los siguientes órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; 2. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 3. Los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y 4. Los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³³

En El Salvador, siguiendo esta misma orientación, mediante el Decreto Legislativo No. 760 de 28 de agosto de 2017 (con vigencia el 31 de enero de 2018) contentivo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se pasó de una Jurisdicción Contencioso Administrativa centralizada, conformada por un solo órgano que era la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia,³⁴ a una Jurisdicción

sobre dicha Ley: Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

32 Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.447 de 16 de junio de 2010. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

33 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El contencioso administrativo en Venezuela," en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 466.

34 Véase Henry Alexander Mejía, "La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador," en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos

Contencioso Administrativa conformada por una pluralidad de órganos, que comprenden, además de la Sala de lo Contencioso Administrativa en la cúspide de la Jurisdicción, a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, y a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, cada nivel con su respectiva competencia (arts. 1, 12 y 13).

En Nicaragua, igualmente conforme a la Ley del Poder Judicial (art. 3) y a la ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (art. 19), se organizan como “órganos jurisdiccionales de lo Contencioso-Administrativo los siguientes: 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. 2. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo que se crean en los Tribunales de Apelaciones y que estarán integrados por tres miembros propietarios y dos suplentes.”

En Honduras, conforme al artículo 7 de la Ley No. 189-87 de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la misma es ejercida por los Juzgados de Letras de los Contencioso Administrativo, que actuarán como Juzgado de primera o única instancia, y las Cortes de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, que actuarán como tribunal de segunda instancia, todo conforme lo organice la Corte Suprema de Justicia, la cual actuará como tribunal de casación en la materia.³⁵

Por último, en Ecuador, conforme al Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial No. 544 de fecha 09 de marzo de 2009), la Jurisdicción Contencioso Administrativa se estructuró, por una parte, en torno a Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia como la Sala de lo Contencioso

Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 29.

35 Véase Edmundo Orellana, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 78.

Tributario, con competencia para conocer de los recursos de casación en materia tributaria incluida la aduanera, y de las acciones de impugnación de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas de carácter general de rango inferior a la Ley (art. 183); y por la otra, al atribuirse competencia en la materia de justicia contencioso administrativa a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, al cual compete fijar el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia (art. 216 ss.).

4. La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario

El ejemplo más destacado y de mayor tradición de la organización de la Justicia Administrativa en un orden judicial separado de la Corte Suprema de Justicia es, como antes se destacó, el caso de Colombia, con la asignación al Consejo de Estado de las competencias contencioso administrativas.

Dicho Consejo de Estado fue creado y recreado por Simón Bolívar, primero en Venezuela en 1817, como órgano con ciertas potestades legislativas en la reconstitución del Estado venezolano; y segundo, en Colombia en 1828, como órgano consultivo del Poder Ejecutivo, lo cual se ratificó en 1830.³⁶ La institución, si bien desapareció del constitucionalismo colombiano a partir de la Constitución de 1853, ello fue sólo por cuarenta años, habiendo sido recreado en 1886, con el cambio fundamental de habersele atribuido a la institución, además de sus funciones consultivas, algunas funciones jurisdiccionales

36 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia," Conferencia en el XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Bogotá, 1 de noviembre de 2017.

en materia de justicia administrativa, que lo comenzaron a convertir en la institución singular que es, en el constitucionalismo latinoamericano.

Después de un breve periodo de desaparición de una década (1905-1914), desde 1914 el Consejo de Estado ha funcionado con todo éxito en Colombia en la conducción de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con el artículo 106 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011), “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos,” concibiendo el artículo 107 al Consejo de Estado como “el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno.”

El Consejo de Estado, en materia contencioso Administrativo, cuenta con la “Sala Plena de lo Contencioso Administrativo” y cinco Secciones que ejercen separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la dicha Sala Plena (art. 110).³⁷

También integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Administrativos creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal, en cada distrito judicial administrativo (art. 122); y los juzgados administrativos, que también se deben establecer por la

37 Véase Augusto Hernández Becerra, “El sistema colombiano de justicia contencioso administrativa,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 450-452.

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con las necesidades de la administración de justicia, para cumplir las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio (art. 124.)

En el Perú, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, (Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) de 2008, se establecen como principio general de la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que la competencia territorial para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo (art. 12); y en cuanto a la competencia funcional para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo. En estos casos, “cuando el objeto de la demanda verse sobre una actuación del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, Tribunal Fiscal, Tribunal del INDECOPI, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, Consejo de Minería, Tribunal Registral, Tribunal de Servicio Civil y los denominados Tribunales de Organismos Reguladores,” se le atribuye competencia en primera instancia, a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (Art. 11). En todo caso en los lugares donde no exista Juez o Sala especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente (reforma por Ley N° 29364, de 2009).³⁸

38 Véase Jorge Danós Ordoñez, “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano,” en

En México, la Jurisdicción Contencioso Administrativa también está configurada a nivel federal por un conjunto de Tribunales establecidos en forma especializada dentro del Poder Judicial, con el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en la cúspide, integrado por la Sala Superior y las Salas regionales, que son “el corazón de la jurisdicción.”³⁹

Por otra parte, tratándose de un Estado Federal, la Constitución mexicana dispuso en su artículo 116.IV, que en las Constituciones y leyes de los Estados de la Federación podían instituir tribunales contencioso administrativos con plena autonomía para dirimir las controversias entre la Administración Pública Estatal y los particulares, habiéndose en efecto creado en muchos Estados, como por ejemplo en el Estado de Michoacán, un Tribunal de Justicia Administrativa.

Igualmente, por ejemplo, en el Estado de Guanajuato se estableció un Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En este último Estado, como conforme al artículo 116.V de la Constitución Federal, mediante leyes de los Estados se pueden establecer tribunales contencioso administrativos para conocer de las demandas contra los Municipios, en la Constitución del

Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 856 ss.

- 39 Véase Luis José Béjar Rivera, “La justicia administrativa francesa y mexicana. un análisis comparativo,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 302, 312; Gustavo Arturo Esquivel Vázquez, “El derecho contencioso administrativo en México,” en *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* (Coordinadores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez), Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 332; Manuel Luciano Hallivis Pelayo, “Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 427.

Estado dispuso en su artículo 117, que la justicia administrativa en los municipios del Estado se imparte por un Juzgado Administrativo regional como órgano jurisdiccional administrativo de control de legalidad.⁴⁰

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La segunda característica del proceso de especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en América latina, es de la constitucionalización de la Jurisdicción,⁴¹ mediante la incorporación en el texto mismo de las Constituciones, de previsiones respecto de la justicia administrativa.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Uruguay que contiene una Sección XVII sobre “De lo Contencioso Administrativo”, y que organiza en cinco Capítulos la composición e integración del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), haciendo referencia a su competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.).

40 ‘Véase Jorge Fernández Ruíz, “Actualidad y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 418; José Iván Sánchez Aldana Morales, “El contencioso administrativo en México en el ámbito local,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 589.

41 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La constitucionalización de la Jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela. Formalidades y frustración, en en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 288 ss.

En el caso de Panamá, el artículo 206.2 de la Constitución regula los principios de la justicia administrativa para controlar “los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas,” atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Tercera, la competencia para anular, con audiencia del Procurador de la Administración, “los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.”

A tal efecto, la misma norma regula las vías de acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual pueden acudir en contra de los actos administrativos de efectos particulares “las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate”; y en cuanto a los actos de efectos generales, “en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.”

En Costa Rica, el artículo 49 de la Constitución incorporado en la reforma de 1963, dispuso que quedaba establecida “la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público,” agregando que “la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos,” debiendo la ley proteger “al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.”

En Venezuela, como se ha dicho, el proceso de constitucionalización de la competencia en materia contencioso administrativa para controlar los actos administrativos comenzó a

partir de la Constitución de 1925, cuando se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia en forma concentrada competencia en materia de demandas de nulidad contra los actos administrativos y de cuestiones derivadas de contratos del Estado, la cual se perfeccionó con la Constitución de 1961, al incluirse el muy importante artículo 206, cuyo texto se recogió ampliado, en el artículo 259 de la Constitución de 1999, en el cual se dispone que:

“La Jurisdicción Contencioso Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Sobre esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia de 23 de abril de 2010, al declarar la constitucionalidad del carácter Orgánico de la Ley, ha dicho que, con la misma, que es sustancialmente la misma de la Constitución de 1961 (Art. 206):

“se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de

las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación.”⁴²

En la norma del artículo 259 de la Constitución se sigue la misma tradición, al asignarse competencia en materia contencioso administrativa a unos tribunales que se integran en el Poder Judicial, pero ratificándose el principio de la pluralidad orgánica, en el sentido de que no sólo el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia en la materia, sino los demás tribunales que determine la Ley. Con ello, como lo dijo la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de octubre de 1970 al comentar la norma similar del artículo 206 de la Constitución de 1961, se buscó:

“Sobre todo, resolver, de una vez, en nuestro país, mediante un precepto constitucional, la polémica que ha dividido a tratadistas y legisladores, tanto en Europa como en América, acerca de la conveniencia de que sean órganos independientes del Poder Judicial los que conozcan de las cuestiones que se susciten entre los particulares y la Administración con motivo de la actividad propia de ésta, en sus diversos niveles.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Constitución, ésta “consagra el sistema justicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa”, apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial.”⁴³

Por su parte, en el Perú, el artículo 148 de la Constitución establece el principio de que “las resoluciones administrativas

42 Véase la sentencia en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>

43 Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 15 de diciembre de 1970 en *Gaceta Forense*, N° 70, 1970, pp. 179-185 y en *Gaceta Oficial*, N° 29.434 de 6-2-71, pp. 219-984/5.

que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”

En Guatemala la Constitución regula al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, asignándole la función “de controlar de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas” (art. 221).

En Colombia, la Constitución de 1991, al regular la “Rama Judicial” (Título CVII), destina el Capítulo III a la “Jurisdicción Contencioso Administrativa,” con normas relativas al Consejo de Estado y a sus competencias generales (art. 236-238).

III. LA CODIFICACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Por último, la tercera característica de la tendencia hacia la especialización del Contencioso Administrativo en América Latina, consecuencia hasta cierto punto de las dos antes mencionadas, ha sido la de la adopción de Leyes especializadas para regular los tribunales contencioso administrativos y los procesos contencioso administrativos, que en general se encuentran en casi todos los países. La excepción, por supuesto, es en Brasil, Argentina y Chile, donde la ausencia de especialización jurisdiccional por la competencia asignada para conocer de los asuntos de la Justicia administrativa a los jueces ordinarios, no se han dictado leyes especiales en la materia, rigiéndose el proceso contencioso administrativo por las normas generales del procedimiento.

En Argentina, sin embargo, aparte de algunas previsiones de la Ley de Procedimientos Administrativos en materia de “impugnación judicial de los actos administrativos” (Título

IV, arts. 23 ss.), conforme a sus competencias constitucionales, muchas Provincias han dictado Códigos en materia Contencioso Administrativo, para regular los procesos contra las actuaciones provinciales, como es el caso, por ejemplo, del Código Contencioso de la provincia de Buenos Aires.⁴⁴

Otro caso de excepción por la ausencia de una Ley específica sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a pesar de que la misma existe, es Ecuador, donde la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que estuvo vigente desde 1968, fue derogada por el Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento, 506 de 22 de mayo del 2015), en el cual se regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, quedando incorporadas en el mismo, las disposiciones relativas al procedimiento contencioso administrativo.

En Bolivia, por otra parte, aparte de la previsión de la Ley de Procedimiento Administrativo que dispone que el control judicial por la vía administrativa debe ser realizado directamente por la Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia; y de Ley Transitoria para la tramitación de los procesos contencioso y contencioso administrativo (Ley N° 620 de 29 de Diciembre de 2014) sobre los órganos judiciales de la Jurisdicción, la norma fundamental en la materia sigue estando en el Código de procedimiento Civil, que dispone que:

“Artículo 778: El proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido

44 Véase Pablo Esteban Perrino, “La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, 209-227.

previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”.

Ahora, fuera de estas excepciones, en todos los otros países se han dictado Leyes especiales relativas a la Justicia Administrativa, como también ocurrió antes en España desde 1956,⁴⁵ habiéndose así producido la codificación en la materia a través de las siguientes leyes actualmente vigente:

Colombia: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley No 1437 DE 2011 (enero 18) Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011, Libro segundo.

Costa Rica: Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley N° 8508 de 24 de abril de 2006, con vigencia 1° de enero de 2008).

Ecuador: Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento, 506 de 22 de mayo del 2015 (Disposiciones sobre procedimiento contencioso administrativo).

El Salvador: Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Decreto Legislativo No. 760 de 28 de agosto de 2017, de 1 de noviembre de 2017, vigencia el 31 de enero de 2018).

Guatemala: Ley de lo contencioso administrativo (Decreto No 119-96).

Honduras: Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 20 de noviembre de 1.987, que entró en vigencia el 1° de julio de 1.988. *Gaceta Oficial* No. 25416 de 31 de diciembre de 1987.

45 Como también es el caso de España con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Texto consolidado 2017).

México: Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo 2005.

Nicaragua: Ley No. 350, Ley de regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, 18 de mayo de 2000. (Anulada parcialmente mediante sentencia No. 40 de la Corte Suprema de Justicia).⁴⁶

Panamá: Ley N° 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso administrativa, reformada sustancialmente por la Ley N° 33 de 1946 y reformada por Ley 38 de 2000.

Paraguay: Ley No. 1462 de 1935, que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo. (18 de julio de 1935).

Perú: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo 2009 (Decreto Supremo 013-2008-JUS).

República Dominicana: Ley No. 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (G.O. No. 6673, del 9 de agosto de 1947).

Uruguay: Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (decreto ley N° 15.869 22 de junio de 1987 (reformó decreto ley No. 15.524 de 9 de enero de 1984).

Venezuela: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

46 Véase sobre dicha impugnación de la Ley No. 350 y la sentencia dictada, lo expuesto en Karlos Navarro, "La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua," en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 105 ss.

Como se dijo, en Argentina y en Brasil y Bolivia no se han dictado leyes o códigos con regulaciones generales o nacionales sobre la Jurisdicción contencioso administrativa o sobre los procesos contencioso administrativos, debiendo mencionarse también el caso de Bolivia donde si bien se dictó la Ley 620 Transitoria de los Procesos Contencioso Administrativos, la misma no tiene contenido normativo en la materia.

Al terminar estas notas, no puedo sino recordar las clases del Seminario de Farías Mata en 1961, y constatar cómo evolucionó la materia durante todos estos últimos casi sesenta años, y en Venezuela, en particular, gracias a la labor de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la cual fue Magistrado precisamente Luis Henrique Farías Mata, y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, particularmente durante el período democrático.⁴⁷

Y un último recuerdo sobre Farías Mata, el amigo. Después de habernos distanciado durante muchos años, por las actividades que cada uno llevó durante tantos años de ejercicio profesional y académico, ya estado residenciados mi esposa y yo en Nueva York a partir de 2005, tuvimos de su parte una de esas manifestaciones que no son frecuentes, y que sin duda se agradecen desde el exilio, y es el recuerdo de los amigos que uno dejó en su país. Y ese recuerdo lo tuvimos, precisamente, de Luis Henrique, quien, a partir de entonces, invariablemente nos llamó por teléfono todos los fines de año desde la isla de Margarita, donde se había retirado, para darnos su saludo de Navidad. Esa llamada nos hizo falta el pasado diciembre de 2018.

New York, febrero de 2019

47 Véase Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortíz Álvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTE PROGRAMA SOCIAL

Gustavo A. Grau Fortoul¹

Resumen: Estudio del sentido y alcance del derecho de propiedad que se desprende del régimen jurídico especial relacionado con el programa social denominado “Gran Misión Vivienda Venezuela”.

Palabras Clave: Derecho de propiedad. Titularidad. Proyectos habitacionales. Expropiación.

Summary Study of the scope of the right to private property derived from the special juridical framework related to the social program “Gran Misión Vivienda Venezuela”.

Key words: Right to private property. Ownership. Housing Projects. Expropriation.

Recibido: 5 de mayo de 2019 Aceptado: 27 de septiembre de 2019

¹ Abogado UCAB. Doctor en Derecho Administrativo, Universidad Complutense, Madrid. Profesor de Derecho Administrativo, UCAB-UCV.

SUMARIO

- I. Preliminares
- II. Aproximación al derecho a la vivienda, su tratamiento normativo a nivel internacional y el alcance atribuido al mismo
- III. El tratamiento de la cuestión en el derecho venezolano
- IV. Aproximación al marco jurídico legal de la GMVV
- V. La Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la GMVV
- VI. La decisión emitida por la SC- TSJ, declarando la nulidad de la LTGMVV
- VII. Conclusiones

I. PRELIMINARES

A diferencia de quienes tuvieron el privilegio de ser sus discípulos en el aula universitaria, conocí al DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA en el año 1990, en el marco de un evento celebrado en la Sala Plenaria del Parque Central en Caracas, dedicado a analizar algunas decisiones clave en materia de interpretación y aplicación del régimen jurídico especial vigente para ese momento en materia de arrendamiento de viviendas.

Su intervención estuvo destinada a explicar el contenido de un fallo emitido por la SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA el 2 de noviembre de 1989, con Ponencia del propio DR. FARÍAS, el cual pasó a ser conocido y citado (como es usual) por el nombre de quien actuó como recurrente en dicho caso: *Arnaldo Lovera*.

Se trata de una decisión en la cual la Corte analizó la naturaleza de las decisiones de desalojo de viviendas dictadas por la –para ese entonces– DIRECCIÓN DE INQUILINATO DEL MINISTERIO DE FOMENTO,² indicando que tanto esas decisiones como las

2 Cabe destacar que la supresión de la DIRECCIÓN GENERAL DE INQUILINATO fue ordenada por la Disposición Transitoria Quinta del DECRETO CON RANGO,

correlativas que para ese momento también podían ser dictadas en esa misma materia por las DIRECCIONES DE INQUILINATO DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES, eran actos administrativos de autorización, *“encaminados a suprimir los obstáculos jurídicos previamente impuestos por la Ley al libre ejercicio del derecho de propiedad del arrendador”*, y que como actos constitutivos llamados a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, estaban dotados de *ejecutoriedad*, por lo que en criterio de la Corte, tales actos no requieren de homologación alguna por parte de un Juez a los fines de su ejecución, ya que la misma opera *“por su propia virtualidad, y con los mismos efectos, para el caso, de una sentencia judicial”*.

Para ese momento, no había cumplido ni siquiera un año de haber egresado de la Facultad de Derecho de la UCAB y desde la perspectiva mayormente procesal en la cual estaba inmerso entonces, como aprendiz de abogado litigante en materia civil y mercantil, cometí el atrevimiento de intervenir durante el ciclo de preguntas y respuestas abierto al culminar su exposición.

Concretamente, mi inquietud apuntaba a señalar que, prácticamente en casi todos los casos, esas decisiones de desalojo no eran cumplidas voluntariamente por sus destinatarios (los arrendatarios contumaces frente al desalojo), haciendo necesario que se procediera a la *ejecución forzosa* de las mismas, pero con la particularidad de que, ciertamente, en ausencia de disposición legal expresa que encomendara tal ejecución a la autoridad judicial, en los términos exigidos por el artículo 79

VALOR Y FUERZA DE LEY DE REGULACIÓN DEL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO PARA EL USO COMERCIAL (Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.418, del 23 de mayo de 2014), quedando a cargo del PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta de ese mismo texto legal, desarrollar el régimen jurídico aplicable a los fines de dicha supresión, asegurando la continuidad administrativa de las funciones públicas relacionadas con las categorías o clases de arrendamiento reguladas por ese mismo instrumento normativo.

de la LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (LOPA),³ ninguno de los medios previstos a esos fines y con carácter general por el artículo 80 de ese mismo texto legal, ofrecía respuesta adecuada para poder ejecutar forzosamente el acto administrativo de desalojo, pues tratándose de actos de ejecución personal, la única solución contemplada al respecto por el numeral 2 de esa norma era la imposición al administrado en rebeldía de multas sucesivas y crecientes de hasta Bs. 10.000,00 cada una.

Y si en la inmensa mayoría de los casos la decisión de desalojo se fundaba en falta de pago de cánones de arrendamiento en contratos a tiempo indeterminado, como en efecto sucedía, difícilmente entonces la imposición de multas podría considerarse un remedio eficaz para lograr la desocupación efectiva del inmueble frente a un inquilino contumaz, no solo en desalojar, sino también y fundamentalmente en pagar.

Recuerdo perfectamente cómo al abordar en público esta inquietud, con su característica honradez intelectual, el DR. FARÍAS reconoció que, en efecto, esa realidad normativa constituía uno de los factores que venía impulsando a los interesados a recurrir a los tribunales, en procura de una forma de ejecución forzosa que pudiera hacer acompañar la acción de desalojo del auxilio de la fuerza pública, poniendo en evidencia que se trataba de una cuestión que el fallo en referencia no llegaba a resolver.

Al finalizar el evento tuve el gusto de conocerlo personalmente y a los pocos días de ese primer encuentro, comencé una de las experiencias profesionales más formativas, interesantes y enriquecedoras que he vivido a lo largo de toda mi carrera, primero como abogado auxiliar, y luego como abogado asistente en la SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

3 Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818, Extraordinario, del 1° de Julio de 1981.

Fue gracias a él que comencé a interesarme por el Derecho Público en general, y más específicamente por el Derecho Administrativo, a pesar de mi inclinación natural inicial hacia el ámbito del Derecho procesal, civil y mercantil. Fue también gracias a él que conocí, trabajé y aún mantengo una entrañable relación de amistad con extraordinarios y muy destacados profesionales con quienes tuve ocasión de compartir a lo largo de esos años al servicio de la Corte, durante los cuales nos tocó enfrentar la explosión de un sobre bomba que se cobró la mano de un funcionario del Tribunal, dos (2) intentos fallidos de golpes de estado y ver cómo se hacía lo indecible para evitar que tanto el cabecilla y promotor de esos intentos, como quienes lo acompañaron en la felonía, no terminaran siendo juzgados conforme al procedimiento especial y expedito previsto al efecto por el CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR vigente para ese momento.

Fue también durante ese tiempo que vimos cómo terminó autorizándose indebidamente, con el voto salvado del DR. FARÍAS, tanto el enjuiciamiento como el posterior cese en el ejercicio del cargo del Presidente de la República contra el cual estuvieron dirigidos esos 2 intentos de golpe de estado, para que finalmente, gracias a la interpretación mediática y distorsionada de una decisión carente de toda la claridad y contundencia que requería la solución del caso planteado, emanada de la misma SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, pero con Ponencia de quien –paradójicamente– que tuvo a su cargo suplir precisamente al DR. FARÍAS MATA a su retiro de la Corte, ese mismo felón protagonista de aquellas intentonas terminara imponiendo un eslabón fundamental en su proyecto autoritario, al convocar a una asamblea nacional constituyente sin reformar previamente la Constitución de 1961, pese a que tal mecanismo de modificación de la misma no estaba contemplado expresamente en ella.

Con franqueza, creo que no es tarea fácil hacer una semblanza justa y equilibrada de la vida y trayectoria profe-

sional y académica de LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA. En esta ocasión, sólo me gustaría poner de relieve una característica de su personalidad que, quizás, pudo haber pasado inadvertidamente para muchos, pero que escasea gravemente en nuestros días, desbordados de estímulos e incentivos a una distorsionada y hasta enfermiza exacerbación del ego y de la vanidad. Me refiero a su sencillez, a esa humildad completamente ajena a la lisonja y alejada del halago y de la búsqueda desesperada de reconocimiento y notoriedad, cualidad que el Dr. FARÍAS siempre supo combinar magistralmente -además- con un esfuerzo profundo, auténtico y desinteresado por la promoción del talento y de los méritos, no propios, sino de los demás.

Felicito, por tanto, muy efusivamente la iniciativa de hacer este merecido homenaje al Dr. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA, a quien sigo profesando, aún después de su partida física, un profundo respeto, una genuina admiración y una entrañable amistad. A esos fines, he escogido tratar un tema que, si bien no coincide exactamente con el que suscitó aquel primer encuentro, si guarda alguna relación material estrecha con el mismo.

Se trata de analizar cuál es el verdadero sentido y alcance del tratamiento que recibe el derecho de propiedad en el régimen jurídico especial encargado de regular uno de los programas sociales más polémicos puestos en práctica por el Ejecutivo Nacional en los últimos años, como lo es sin lugar a dudas el conocido con el nombre de “*Gran Misión Vivienda Venezuela*”.

Son muchas y de muy variada índole las controversias que ha suscitado su ejecución, pero entre ellas destaca especialmente -por su notoriedad- la referida al tratamiento que recibe el derecho de propiedad en el régimen jurídico encargado de regular, con carácter general, la actuación de los distintos órganos y entes públicos en el marco del mismo.

Pues bien, el presente trabajo ofrece una aproximación a ése régimen jurídico general, con el fin de identificar, de cara a los principales instrumentos normativos que se han venido emitiendo paulatinamente para conformarlo, cuál es el tratamiento que ha recibido en ellos el derecho de propiedad, pero no sólo desde la perspectiva de los titulares que lo han venido ejerciendo sobre los inmuebles o terrenos que fueron afectados por actuaciones (jurídicas o meramente materiales) de distintos órganos y entes públicos, para destinarlos a la ejecución de edificaciones en el marco de este programa social, sino también desde la óptica de la situación jurídica en la cual quedan los beneficiarios finales o adjudicatarios de unidades habitacionales, específicamente en cuanto a su consideración y tratamiento como verdaderos propietarios o como simples titulares de un derecho *sui generis*, precario y mutable, que no se corresponde con los atributos fundamentales del derecho de propiedad, al menos en los términos en que ha sido consagrado por el artículo 115 del Texto Fundamental.

Se trata de dos enfoques que guardan una estrecha relación, pues cualquier pretensión de otorgar a los beneficiarios del programa la condición de verdaderos propietarios de las unidades habitacionales que les sean adjudicadas (si ese fuera el caso), implica resolver obviamente, de manera previa y satisfactoriamente, la situación jurídica de quienes, en muchísimos casos, aún siguen siendo los titulares legítimos de los inmuebles o terrenos en los cuales fueron construidas esas soluciones habitacionales, pero que han sido privados coactiva y arbitrariamente de la posesión de los mismos mediante la acción de distintos órganos y entes públicos, en la inmensa mayoría de los casos sin cumplir ni siquiera con los pasos y requisitos básicos establecidos excepcionalmente a esos fines en los diferentes instrumentos legales sancionados para regular el funcionamiento de este programa, ya de por sí contrarios a las más elementales exigencias derivadas tanto del derecho al debido proceso contemplado en el artículo 49 de la Constitu-

ción, como de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

A esos fines y en *primer* lugar, comenzaremos por abordar lo concerniente al tratamiento y alcance que recibe el derecho a la vivienda en el ámbito de algunos de los principales tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, para luego analizar los términos en los cuales ha tenido lugar la consagración de este mismo derecho, a nivel constitucional, en el ámbito del Derecho positivo interno venezolano, así como el posterior desarrollo del régimen jurídico contenido en los distintos instrumentos normativos de rango legal dictados en este campo, hasta llegar a los encargados de regular específicamente el programa social objeto de estudio, pero circunscribiendo el análisis esencialmente al tratamiento que recibe en ellos el derecho de propiedad, desde la perspectiva ya sugerida en el párrafo precedente.

Será justo en este punto donde se pondrá de relieve cómo el tratamiento de la cuestión en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, con el cual guarda consonancia –en muy buena medida– lo que había venido siendo la tradición normativa venezolana en esta materia, distingue –efectivamente– entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad, afirmando que la satisfacción del primero no implica ni la obligación de construir y entregar viviendas a la población, ni el tener que reconducir todas las soluciones posibles únicamente al conferimiento de propiedad plena a los beneficiarios de programas sociales en este ámbito, dándole cabida a esos fines no sólo a la compraventa, sino también a otras figuras jurídicas como el arrendamiento, el comodato y hasta la enfiteusis, pero dejando absolutamente claro y con la misma contundencia, que un factor vital para la adecuada satisfacción de este derecho, independientemente de la forma jurídica que se haya utilizado para ello, implica el obligatorio conferimiento a los beneficiarios de la seguridad jurídica en la tenencia de su vivienda, indispensable para protegerlos frente

a situaciones de vulnerabilidad, derivadas de desalojos arbitrarios o de privaciones coactivas ilegales, especialmente por motivos políticos.⁴

Es precisamente en este punto donde cabe formular un juicio crítico fundamental de cara al régimen jurídico especial encargado de regular el programa social cuyo estudio nos ocupa, pues a pesar de la absurda insistencia inicial del Ejecutivo Nacional, en el sentido de afirmar que lo se confiere a los eventuales beneficiarios o adjudicatarios ocupantes de unidades habitacionales en el marco de este programa, es un derecho de *propiedad plena*, lo cierto es que una detenida lectura de las disposiciones pertinentes, contenidas en distintos textos normativos reguladores de este programa, pone de manifiesto que, en realidad, se trata de un *derecho bastante más precario*, cuya posterior mutación y consolidación definitiva a un verdadero derecho de propiedad, no se hace depender de parámetros del todo objetivos y concretos, afectando de manera substancial la *seguridad jurídica en la tenencia*, entendida como la certidumbre y estabilidad con la cual debe contar el beneficiario de soluciones habitacionales sobre su permanencia en el inmueble asignado.

Seguidamente y en *segundo* lugar, se analiza cómo el régimen de privación coactiva de la propiedad previsto en estos instrumentos, para poder disponer de inmuebles y terrenos de propiedad privada a los fines de ejecutar en ellos proyectos habitacionales, revela una gravísima contravención con las más básicas exigencias impuestas por el respeto al *derecho al*

4 Así ocurrió precisamente en el marco de la GMVV, y más específicamente luego de los resultados obtenidos por el oficialismo en la elección de diputados a la ASAMBLEA NACIONAL celebrada en diciembre de 2015, de cara a los cuales el mismo PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, en alocución transmitida en cadena nacional de radio y televisión, al referirse concretamente a la ejecución de este programa social, expresó: “Yo quería construir 500 mil viviendas el próximo año, yo ahorita estoy dudando pero no porque no pueda construir, yo lo puedo construir, pero te pedí tu apoyo y no me lo diste” (Ver en tal sentido: <https://www.youtube.com/watch?v=BmsQm05-Zto>).

debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, así como con la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental, describiendo algunas de las principales situaciones que se han venido generando a través de la actuación llevada a cabo por diferentes órganos y entes públicos dentro del ámbito de este programa, las cuales ponen de relieve cómo en muchísimas ocasiones esa actuación revela incluso una absoluta ausencia de aplicación o una inobservancia radical de los (ya de por sí distorsionados) mecanismos y procedimientos previstos en dicho régimen jurídico, dando lugar a auténticas vías de hecho frente a las cuales se han tornado inútiles los remedios ordinarios disponibles para hacerles frente en el ámbito judicial.

Finalmente y en *tercer* lugar, se abordan algunos de los principales aspectos que caracterizaron el debate surgido en torno a la discusión y aprobación, en el seno de la ASAMBLEA NACIONAL, de un nuevo texto legal destinado a fortalecer la condición jurídica de los beneficiarios o adjudicatarios de unidades habitacionales en el marco de este programa, destacando igualmente de cara a dicho texto el tratamiento dado al derecho de propiedad, no sólo en lo atinente a la situación jurídica de esos beneficiarios o adjudicatarios, sino también en lo concerniente a los propietarios afectados por la ocupación de sus terrenos o edificaciones para destinarlos a la oferta de soluciones habitacionales.

Se trata de un texto legal que, como es sabido, fue objeto de una declaratoria de nulidad emitida por la SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, mediante un fallo que, invocando el tratamiento y alcance que se da a este tema en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, precisó que la adecuada satisfacción del derecho a la vivienda previsto en el artículo 82 Constitucional, no implicaba necesariamente conferir propiedad plena a los beneficiarios o adjudicatarios de programas públicos ejecutados para facilitar el disfrute de este derecho, echando así por tierra el discurso

oficial que insistía en calificarlos como verdaderos propietarios.

Sin embargo, ese fallo no emitió pronunciamiento alguno en cuanto a un factor que, según la interpretación que se ha venido dando a esos mismos instrumentos internacionales invocados por la Sala como fundamento de su decisión, resulta sencillamente vital para una adecuada satisfacción al derecho a la vivienda: nos referimos a la obligación de conferir a los adjudicatarios del programa la debida seguridad jurídica en la tenencia de su vivienda, indispensable para evitar que quien ejerce ese derecho, y muy especialmente quien ha sido beneficiado en el marco de algún plan de acción pública en este especial ámbito, no sea expuesto a situaciones en las cuales la precariedad con la cual ocupa el inmueble o unidad habitacional que le haya sido asignada por la acción oficial, pueda ser usada en su contra como amenaza, especialmente por razones políticas.

A esto dedicaremos la exposición contenida en las siguientes secciones del presente estudio.

II. APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA VIVIENDA, SU TRATAMIENTO NORMATIVO A NIVEL INTERNACIONAL Y EL ALCANCE ATRIBUIDO AL MISMO

A diferencia de otros derechos inherentes a la persona, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, lo cierto es que una revisión de los distintos instrumentos suscritos por diferentes estados soberanos en esta materia, revela que el derecho a la vivienda no se encuentra consagrado de manera concreta, individualizada y específica, en disposiciones destinadas a brindarle reconocimiento y tratamiento normativo singularizado, sino que en realidad, ha sido tratado tangencialmente en varios instrumentos internacionales, en el marco del reconocimiento de otros derechos.

En efecto, el artículo 25 de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH)⁵ establece que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido y la vivienda”*. En términos bastante similares, el artículo 11 del PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC)⁶ establece que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocerán el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”*, mientras que el mismo artículo 11 pero de la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (DADDH),⁷ establece que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*.

Por su parte, el artículo 34 (letra k) de la CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS,⁸ establece que la *“vivienda adecuada para todos los sectores de la población”* es una de las

5 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948.

6 Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por la República mediante Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 2.146, Extraordinario, del 28 de enero de 1978.

7 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

8 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948, reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o «Protocolo de Buenos Aires», suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; reformada nuevamente por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o «Protocolo de Cartagena de Indias», aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; posteriormente reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o «Protocolo de Washington», aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y finalmente, modificada de nuevo por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos o «Protocolo de

metas para cuya consecución los Estados se comprometen a dedicar todos sus esfuerzos, con el fin de poder lograr los objetivos básicos del desarrollo enunciados en el encabezado de esa misma disposición, mientras que la DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO⁹ establece en su Principio N° 4 que “*El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados*”.¹⁰

Ahora bien, basta acudir al tenor literal de estas disposiciones para apreciar que, además de brindarle un tratamiento tangencial al derecho a la vivienda, en los términos anunciados al inicio de esta sección y con ocasión de la regulación de otros derechos, ninguna de ellas contempla elementos o referencias claras y específicas, que nos permitan entender con precisión cuál es el contenido y alcance que debe atribuirse a ese dere-

Managua», adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

9 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

10 Cabe destacar que a las disposiciones contenidas en los instrumentos citados en el texto, se suman el contenido de otras declaraciones, recomendaciones y pronunciamientos formulados a través de otros instrumentos, tales como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950; el CONVENIO N° 117 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), emitido en el marco de la reunión celebrada en Ginebra el 22 de junio de 1962; la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965; la DECLARACIÓN SOBRE EL PROGRESO Y EL DESARROLLO SOCIAL, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución N° 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969; la DECLARACIÓN DE VANCOUVER SOBRE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS, aprobada en la Primera Convención de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos celebrada en la ciudad de Vancouver, Canadá, en 1976; la DECLARACIÓN DE ESTAMBUL SOBRE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS, emitida en el marco de la Segunda Convención de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos celebrada en la ciudad de Estambul, Turquía, del 3 al 14 de Junio de 1996; la DECLARACIÓN DE COPENHAGUE y el PROGRAMA DE ACCIÓN SOBRE EL DESARROLLO SOCIAL (1995); la DECLARACIÓN Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJÍN, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en 1995, entre muchas otras.

cho, así como lo que cabe exigir específicamente al Estado y a la colectividad para la satisfacción del mismo. ¿Qué implica entonces la adecuada satisfacción de este derecho?; y más específicamente a los fines del tema que se aborda en el presente trabajo, ¿Debe conferirse irremisiblemente a esos fines propiedad plena sobre la vivienda al beneficiario de las que se construyan en el marco de programas asistenciales promovidos por el Estado en este ámbito?

Diferentes organizaciones e instituciones se han dado a la tarea de emitir opiniones y declaraciones destinadas a esclarecer, de cara al tenor de estos preceptos y a la experiencia de los Estados Parte, cuál es el contenido, elementos y alcance que cabe atribuir a este derecho en concreto.

Así, la Oficina del ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, en su Boletín Informativo N° 21, dedicado precisamente al derecho a una vivienda adecuada,¹¹ ha hecho referencia a lo que se denomina en dicho instrumento como algunas de las ideas erróneas más comunes acerca del contenido y alcance del derecho a la vivienda, señalando sobre el particular lo siguiente:

- **“El derecho a una vivienda adecuada NO exige que el Estado construya viviendas para toda la población.** Una de las ideas erróneas más frecuentes vinculadas al derecho a una vivienda adecuada es que requiere que el Estado construya viviendas para toda la población, y que las personas que carecen de vivienda puedan pedirla automáticamente al gobierno. Si bien la mayoría de los gobiernos participan en cierta medida en la construcción de viviendas, el derecho a una vivienda adecuada evidentemente no obliga al gobierno a construir el parque de viviendas para toda la nación.

11 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: *El derecho a una vivienda adecuada*, Boletín informativo N° 21, Ginebra, abril de 2010.

En lugar de ello, el derecho a una vivienda adecuada comprende las medidas necesarias para prevenir la falta de un techo, ***prohibir los desalojos forzosos***, luchar contra la discriminación, centrarse en los grupos más vulnerables y marginados, ***asegurar la seguridad de tenencia*** para todos y garantizar que la vivienda de todas las personas sea adecuada. Estas medidas pueden requerir la intervención del gobierno en distintos planos: legislativo, administrativo, de políticas o de prioridades de gastos. Pueden aplicarse mediante un criterio propicio a la vivienda en el que el gobierno, en lugar de desempeñar el papel de proveedor de viviendas, se convierte en facilitador de las actividades de todos los participantes en la producción y mejora de la vivienda. Las Naciones Unidas han promovido desde 1988 políticas, estrategias y programas basados en dicho criterio, dentro del marco de la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000.

En determinados casos, sin embargo, el Estado quizá tenga que proporcionar asistencia directa, incluida la vivienda o prestaciones para la vivienda, especialmente a las personas afectadas por desastres naturales o causados por el hombre y a los grupos más vulnerables de la sociedad. ***En cambio, diversas medidas necesarias para garantizar el derecho a una vivienda adecuada sólo requieren que el gobierno se abstenga de ciertas prácticas o medidas.***

(...)

- ***El derecho a una vivienda adecuada NO es lo mismo que el derecho a la propiedad.*** A veces se cree que el derecho a una vivienda adecuada equivale a un derecho a la propiedad o al derecho de propiedad. Hay quienes también aducen que el derecho a una vivienda adecuada amenaza al derecho a la propiedad. El derecho a la propiedad está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos, tales

como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 d) v)) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 16 h)), aunque está ausente en los dos Pactos.

- *El derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad*, puesto que contempla derechos no vinculados con la propiedad y tiene como fin *asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad. La seguridad de la tenencia*, que *es la piedra angular del derecho a una vivienda adecuada*, puede adoptar diversas formas, entre ellas el alojamiento de alquiler, las viviendas cooperativas, los arrendamientos, la ocupación por los propietarios, el alojamiento de emergencia y los asentamientos improvisados. Como tal, no está limitada al otorgamiento de un título jurídico formal. Dada la amplia protección que brinda el derecho a una vivienda adecuada, prestar atención sólo al derecho a la propiedad podría en realidad conducir a la violación del derecho a una vivienda adecuada, por ejemplo, mediante el desalojo forzoso de habitantes de tugurios situados en terrenos privados. Por otro lado, la protección del derecho a la propiedad podría ser fundamental para asegurar que ciertos grupos puedan disfrutar de su derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, el reconocimiento de la igualdad de derechos de los cónyuges a los bienes del hogar es con frecuencia un factor importante para asegurar que las mujeres tengan un acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada” (Énfasis añadido).

Por su parte, el COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) de la ONU, a través de sus Observa-

ciones Generales N° 4 y N° 7,¹² se ha encargado de precisar con mayor detalle cuál es el contenido y alcance de este derecho, y luego de advertir que una vivienda adecuada implica “*contar con algo más que cuatro paredes y un techo*”, aclara que para ello deben satisfacerse una serie de condiciones o elementos tan fundamentales como la oferta y disponibilidad básicas de vivienda, entre los cuales destaca muy especialmente, a los fines que nos ocupan en el marco del presente estudio, el factor denominado comúnmente como la **SEGURIDAD DE LA TENENCIA** y la consecuente **protección contra el desalojo forzoso**, conforme al cual la vivienda no será “adecuada” si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad en cuanto a la tenencia, que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.

Específicamente sobre este elemento de la **seguridad de la tenencia**, de cara al contenido de las ya mencionadas Observaciones Generales N° 4 y N°7 del CDESC, se ha sostenido lo siguiente:

“Una tenencia segura es la piedra de toque del derecho a una vivienda adecuada. La tenencia puede adoptar diversas formas, desde el alquiler, público o privado, la vivienda en cooperativa, el arriendo o los asentamientos informales. Pero lo que distingue a un derecho de una simple concesión revocable o de una mercancía es la posibilidad de gozar de su objeto con una cierta certidumbre, esto es, de una manera relativamente estable y con cierta inmunidad frente a alteracio-

12 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS: *Observación General N° 4. El derecho humano a una vivienda adecuada* (Artículo 11 del Pacto). 1991. Documento E/1991/23. *Observación General N° 7. El derecho a una vivienda* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): *los desalojos forzosos*. 1997. Documento E/1999/22, anexo IV. Párrafo 8. Las observaciones generales son adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados sobre la base de la experiencia recogida. Brindan orientación especializada a los Estados sobre las obligaciones que les incumben en virtud de un tratado en particular.

nes arbitrarias en su goce provenientes del estado o del mercado.¹³ (Énfasis añadido).

La seguridad jurídica es un elemento fundamental para todo ocupante: lo protege, entre otras cosas, contra hostigamientos, desalojos, expropiaciones y traslados arbitrarios, o contra aumentos súbitos o excesivos en los alquileres, introducidos por afán de ganancia, por especulación, o por razones que no reconozcan los derechos de los inquilinos. Adquiere una especial gravitación para algunos colectivos, como las mujeres, que pueden verse forzadas a abandonar sus viviendas a causa de situaciones de violencia doméstica o que son discriminadas en el acceso a un título jurídico estable sobre sus casas o tierras, lo que puede facilitar su desalojo, por ejemplo, en situaciones de disolución matrimonial o de muerte de sus maridos”.¹⁴ (Énfasis añadido)

(...)

“Por último, es imprescindible para la satisfacción del derecho que las personas detenten seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda, cualquiera que haya sido el título por el que accedieron a la misma, incluyendo la ocupación de tierra o propiedad. “A este aspecto, el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de

13 Pisarello, Gerardo: “Vivienda para todos: Un derecho en construcción”, en: A.A.VV.: *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), San José, Costa Rica, 2004, pág. 266. Hace referencia al art. 6 del “Proyecto de Convención Internacional sobre el Derecho a la Vivienda” (PCIDV), preparado por el entonces Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, Rajindar Sachar, en 1994. Doc. ONU, E/ CN. 4/Sub.2/1994/20.

14 Ib. ídem. Remite el autor en cuanto a este punto al estudio denominado *Women and Housing Rights*, Center On Housing Rights and Eviction (COHRE), Ginebra, 2000, pp. 9 y ss.

conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional.”¹⁵ (Énfasis añadido).

Debe aclararse que por desalojo forzoso debe entenderse “el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios adecuados de protección legal o de otra índole, ni permitirles su acceso a ellos”. Así lo especifica el Comité DESC en la Observación General No. 7, párrafo 3. La misma Observación General especifica también que no se consideran prohibidos aquellos desalojos efectuados por causas legales -por ejemplo, la falta de pago del alquiler por tiempo prolongado- y de un modo compatible con los instrumentos de derechos humanos. Esto quiere decir, que la causa que posibilite el desalojo debe estar especificada con detalle en la ley y debe ser compatible con los objetivos y propósitos de los instrumentos de derechos humanos y atender a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Además, dado que, como en relación a cualquier otro derecho, los Estados deben garantizar la protección judicial del derecho a la vivienda, deberá existir la posibilidad de un proceso legal -con las debidas garantías-,

15 Cfr. *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sistema Universal y Sistema Interamericano)*, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, con el apoyo de la AGENCIA SUECA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO, San José, Costa Rica, 2008, pág. 207. Se indica en el texto que la referencia a la Observación General del Comité fue tomada de: Comité DESC. Observación General No. 4. *El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1 del artículo 11 del Pacto). 6º período de sesiones. Documento E/1992/23, párr. 18. También se indica que en forma coincidente se ha pronunciado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada (Cfr. Informe del Sr. Miloon Kothari, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, de 14 de marzo de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/41, párr. 31).

previo al desalojo en el que pueda discutirse la procedencia del mismo.¹⁶

Luego, atendiendo a los términos en los cuales se ha brindado tratamiento al tema en distintos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, así como a los pronunciamientos e interpretaciones emitidos por diferentes organizaciones de cara a esos instrumentos, podemos extraer con carácter general y especialmente a los fines que nos ocupan en el presente estudio, las siguientes premisas preliminares en cuanto al contenido y alcance que suele atribuirse a este derecho:

- El derecho a la vivienda no ha sido objeto de tratamiento singularizado, específico y concreto en disposiciones contenidas en tratados o instrumentos internacionales, destinadas a brindarle reconocimiento o consagración singularmente y de manera individualizada, sino tangencialmente, con ocasión del reconocimiento de otros derechos, como el de tener un nivel de vida adecuado;
- El derecho a una vivienda adecuada no implica que el Estado construya viviendas para toda la población, o que las personas que carecen de vivienda puedan pedirla automática y gratuitamente al Estado, y *es más amplio que el derecho a la propiedad*, pues tiene como fin *asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad*;
- *La seguridad en la tenencia* es la piedra angular para una adecuada satisfacción del derecho a la vivienda y no está limitada a la celebración de un contrato de compra-venta o a cualquier otra forma jurídica de transmisión

16 Ib. Ídem.

del derecho de propiedad, sino que puede alcanzarse a través de otras opciones en el plano jurídico, siempre que lo conferido no sea una simple concesión revocable sino un verdadero derecho, que atribuya indiscutiblemente, en términos claros, objetivos y sin ambigüedades, la posibilidad de gozar de su objeto con una cierta certidumbre; esto es, de una manera relativamente estable y con cierta inmunidad frente a alteraciones arbitrarias en su goce.

Pues bien, como tendremos ocasión de ver a continuación, la tradición normativa venezolana en esta materia venía guardando bastante consonancia con el tratamiento de la cuestión en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, al menos hasta la aparición en escena de los distintos instrumentos destinados a regular jurídicamente el funcionamiento del programa social cuyo análisis nos ocupa en esta ocasión, llegando varios de los primeros textos dictados al efecto –en muy buena medida– a mostrarse incluso más proclives al conferimiento a estos fines de propiedad plena a los beneficiarios de programas gubernamentales en materia de vivienda, sin descartar el uso de otras figuras como el comodato, el arrendamiento y la enfiteusis.

III. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO

Ciertamente, antes de la puesta en marcha de este específico programa asistencial y de la entrada en vigor de los instrumentos normativos encargados de ordenar su funcionamiento, otros textos legales se habían venido encargando de regular, a lo largo de la evolución del Derecho positivo venezolano en esta materia, lo concerniente a la acción del Estado en el ámbito de la vivienda.

1. La previsión constitucional del derecho a la vivienda. El uso a esos fines de la expresión “adquisición” y “patrimonio familiar”

En efecto, luego de iniciativas más antiguas, como la creación del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS en 1874 y del BANCO OBRERO mediante Ley del 29 de enero de 1928, lo cierto es que el reconocimiento expreso, específico y singularizado del derecho a la vivienda a nivel constitucional, o más bien de la acción pública en esta materia como un compromiso o cometido a cargo del Estado, tuvo su fugaz debut en el Texto Fundamental de 1947 (artículo 52),¹⁷ omitiéndose luego toda referencia al respecto en el Texto de 1953, para aparecer nuevamente en el artículo 73 de la Constitución venezolana de 1961, cuando al atribuirse al Estado el compromiso o cometido de proteger a la familia como célula fundamental de la sociedad y de velar por el mejoramiento de su situación moral y económica, se afirmó categóricamente que “La ley protegerá el matrimonio, la organización del PATRIMONIO FAMILIAR inembargable y proveerá lo conducente para facilitar a cada familia la “ADQUISICIÓN” de vivienda cómoda e higiénica” (Énfasis añadido).

Conviene desde ya llamar la atención en torno al uso a estos fines de la expresión “ADQUISICIÓN”, directamente a nivel constitucional, pues como veremos más adelante, más allá del resultado o balance real que arroje el desempeño o la actuación oficial en el marco de programas de este tipo, algunos de los diferentes instrumentos de rango legal encargados

17 “Artículo 52.- Los habitantes de la República tienen el derecho de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se derive. El Estado establecerá, en forma progresiva, un sistema amplio y eficiente de Seguridad Social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicas débiles”. El texto de la Constitución de 1947, al igual que el del resto de los Textos Fundamentales dictados a lo largo de la evolución normativa venezolana en esta materia, ha sido tomado de Brewer-Carías, Allan: *Las Constituciones de Venezuela* (2 Tomos), Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Tercera Edición), Caracas, 2008, Tomo II, página 1. 311.

de desarrollar ese compromiso o cometido atribuido al Estado por el artículo 73 del Texto Fundamental de 1961, cuando no hablaron directamente de venta en plena propiedad, hicieron uso de esa misma expresión “ADQUISICIÓN” para referirse a una de las modalidades de la acción pública en materia de vivienda, que implicaba atribución al beneficiario de la titularidad del derecho de propiedad plena sobre la unidad o inmueble correspondiente.

A ello se suma el uso de esa otra expresión patrimonio familiar, como un elemento adicional que podría abonar a favor de considerar que ése venía siendo el alcance con el cual el Estado venezolano había venido asumiendo -principal, aunque no exclusivamente- los efectos de su acción en el ámbito de la política social en materia de vivienda, priorizando la atribución al beneficiario de la titularidad de derecho de propiedad plena frente a otras formas distintas, igualmente previstas a nivel legal, como el arrendamiento, el comodato e incluso la enfiteusis.

De manera, pues, que sin descartar el uso de otras figuras jurídicas para atribuir al beneficiario de programas oficiales en esta materia el derecho a hacer uso de la vivienda asignada, cabe considerar que el régimen jurídico encargado de regular la acción pública del Estado en este ámbito (vivienda), se había venido mostrado especialmente proclive a la atribución a esos fines de un derecho de propiedad plena.

2. Desarrollo legal de estos preceptos. La venta en plena propiedad como uno de los mecanismos, junto a otros, para satisfacer el derecho a la vivienda. Previsión de límites razonables a la disposición

Ciertamente, fue en desarrollo de ese artículo 73 de la Constitución venezolana de 1961, que se dictaron algunos de los principales instrumentos normativos de rango legal encargados de regular el cumplimiento o ejecución de ese compromiso

o cometido estatal previsto constitucionalmente en materia de vivienda, mereciendo destacarse entre ellos el DECRETO-LEY N° 908, dictado por el Presidente de la República el 13 de mayo de 1975 y contentivo de la LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI),¹⁸ como instituto autónomo resultante de la transformación del antiguo (y también instituto autónomo) BANCO OBRERO, atribuyéndose ahora a este nuevo ente el rol de organismo ejecutor y administrador de la política de vivienda de interés social, encargado de atender el problema habitacional de la población que el Ejecutivo Nacional calificara como sujeto de protección especial en la dotación de vivienda (artículos 1 y 2).

Pues bien, al regular lo concerniente a las operaciones que podía llevar a cabo para el cumplimiento de su objeto, los artículos 13 (numerales 1 y 3) y 14 de este instrumento establecieron expresamente que el INAVI podía dar en “VENTA” (al contado o a plazo), en “ARRENDAMIENTO” (puro y simple o con opción a compra), en “COMODATO” o en “ENFITEUISIS”, los inmuebles de su propiedad que construyera o adquiriera en el marco de los programas en materia de vivienda, precisando que los beneficiarios de los mismos sólo podían ser personas que no poseyeran “VIVIENDA PROPIA” y que reunieran las demás condiciones que estableciera el Reglamento de esa Ley, así como que ninguna persona podía adquirir más de una vivienda en el marco de este tipo de programas, la cual debía ser destinada exclusivamente a servir de habitación para el adquirente y su familia, de manera que la adquisición de otra vivienda por parte del beneficiario -por cualquier título- implicaba la terminación del contrato que hubiera sido celebrado por él con el Instituto (artículo 15).

18 Publicado en la Gaceta Oficial N° 1.746, Extraordinario, del 23 de mayo de 1975. Cabe destacar que la supresión de este instituto fue declarada formalmente mediante Decreto Ley N° 1.347, del 24 de octubre de 2014, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.526, de la misma fecha.

Justo en este punto, resulta sumamente importante destacar que uno de los aspectos que ocupó especialmente la atención de la normativa dictada para regular la ejecución de la acción pública en materia de vivienda, fue la necesidad de adoptar medidas dirigidas a lograr que las unidades asignadas en venta, arrendamiento, comodato o enfiteusis a los beneficiarios de los programas públicos, fueran destinadas a satisfacer efectivamente las necesidades habitacionales del beneficiario, imponiendo a esos fines límites razonables a la facultad de disponer, pero no de manera indeterminada o ambigua, sino mediante la consagración expresa a nivel legal de mecanismos cuya ejecución implicara la aplicación de criterios objetivos, cónsonos con las más elementales exigencias derivadas del principio de seguridad en la tenencia, como factor clave para una adecuada satisfacción del derecho a la vivienda, guardando además respeto y consonancia con la condición jurídica atribuida al beneficiario en cada uno de estos casos (propietario, arrendatario, comodatario o enfiteuta), sin disminuirla o atentar contra su solidez y contundencia.

Así, en el caso de viviendas dadas en venta al beneficiario, lejos de privarlo del atributo de disposición inherente a todo propietario, la ley mantuvo respeto y reconocimiento pleno de su condición de tal, pero contempló en su artículo 16 un derecho de preferencia en favor del INAVI para que, en caso de que el propietario quisiera disponer de su inmuebles dentro de los 25 años siguientes a la fecha de celebración del contrato de compraventa con el Instituto, debía ofrecerlo primero en venta al mismo, para que dentro de los 90 días siguientes a la notificación de esa intención de vender, el INAVI manifestara a su vez si ejercía su derecho de readquirir el inmueble en cuestión, o en caso contrario, emitiera la constancia escrita expresando que no ejercería ese derecho preferente, constancia esta que de conformidad con el artículo 17, constituía un requisito indispensable para que los Registradores pudieran protocolizar contratos que implicaran la disposición del inmueble dentro

del plazo de vigencia del derecho preferente previsto en el artículo 16.

Adicionalmente a lo anterior, el artículo 53 de la Ley sustrajo las viviendas vendidas por el instituto en el marco de sus programas sociales de cualquier posibilidad de ejecución judicial por parte de terceros, mientras los adquirentes mantuvieran obligaciones pendientes con el mismo, relativas al inmueble vendido para ser destinado a vivienda del beneficiario.

Por otra parte, y en sintonía con esta misma preocupación, los artículos 47 y 48 de la Ley contemplaron un procedimiento judicial breve y expedito para poder practicar la desocupación de los inmuebles propiedad del INAVI o administrados por dicho instituto, cuando fueren ocupados por personas distintas a aquellas a las cuales les hubiere sido adjudicado el uso de los mismos por cualquier de las modalidades permitidas por la propia Ley (arrendamiento puro y simple, comodato o enfiteusis).

Finalmente, el artículo 45 de este texto estableció que todo aquel que especulara con bienes muebles o inmuebles que hubieren sido adquiridos del Instituto en el marco de programas sociales en materia de vivienda, sería considerado reo del delito previsto en los artículos 1 y 2 de la LEY CONTRA EL ACAPARAMIENTO Y LA ESPECULACIÓN.

Ahora bien, en septiembre de 1989, junto a la LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO, fue sancionada la LEY DE POLÍTICA HABITACIONAL,¹⁹ cuyo contenido vino a complementar las disposiciones de la LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI), preservando su vigencia y estableciendo un régimen jurídico destinado a fijar las bases para el desarrollo de una política habitacional de mediano y largo plazo, que le diera

19 Publicada en la Gaceta Oficial N° 4.124, Extraordinario, del 14 de septiembre de 1989.

continuidad y coherencia a las acciones emprendidas tanto por el sector público como por el sector privado en esta materia (artículo 1º), pero con especial énfasis en lo atinente a la creación y regulación de un sistema de ahorro habitacional para el financiamiento y manejo de recursos destinados a la ejecución de programas en materia de vivienda.

Fueron varias las disposiciones de esta Ley que siguieron haciendo referencias reiteradas a la compra venta y al uso de la expresión "adquisición", para indicar la condición en la cual les eran adjudicadas las viviendas a los beneficiarios de los programas oficiales en esta materia,²⁰ claramente indicativas de la preservación de esa tendencia favorecedora al otorgamiento del derecho de propiedad plena, sin descartar el uso de otras figuras como el arrendamiento.²¹

Luego de la entrada en vigor de la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DE 1997,²² fue dictado el DECRETO N° 2.992 con rango y fuerza de LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL,²³ el cual, a pesar de derogar y sustituir el régimen jurídico previsto en la LEY DE POLÍTICA HABITACIONAL, no sólo reiteró igualmente en varias disposiciones esas referencias claras a la compra venta y al uso de la expresión "adquisición" (artículo 8, numeral 3), sino que adicional-

20 Ver, en tal sentido, los artículos 8, 14, 20 (literales a, b y Parágrafo Primero), 22 (literales a y c), 34 (literales a y c), 38, 39, 40 y 67 de esa primera LEY DE POLÍTICA HABITACIONAL.

21 Cabe destacar que esta Ley fue reformada posteriormente mediante Decreto-Ley N° 3.270, dictado por el Presidente de la República el 30 de noviembre de 1993 y publicada en la Gaceta Oficial N° 4.659, Extraordinario, del 15 de diciembre del mismo año, manteniendo coherencia con su predecesora en lo atinente a la inclusión en varias disposiciones de referencias claras a la compra venta y a la adquisición de viviendas por parte de los beneficiarios, indicativas de la preservación de esa tendencia favorecedora al otorgamiento del derecho de propiedad plena, junto con el uso de otras figuras como el arrendamiento.

22 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.199, Extraordinario, del 30 de diciembre de 1997.

23 Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.575, del 5 de noviembre de 1998.

mente y en términos similares a como ya lo había hecho la LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI), también contempló medidas dirigidas a lograr que las unidades asignadas a los beneficiarios de los programas públicos puestos en marcha por el Estado, fueran destinadas a satisfacer efectivamente las necesidades habitacionales del beneficiario, pero guardando respecto a las exigencias derivadas del principio de seguridad en la tenencia, como factor clave para una adecuada satisfacción del derecho a la vivienda.

Ciertamente, luego de establecer en su artículo 13 un subsidio directo a la demanda de vivienda, a ser entregado a la familia en dinero, con el fin de complementar el valor de la solución habitacional comprendida dentro del programa previsto en el numeral 3 del artículo 8 (producción, "adquisición", arrendamiento, mejoramiento y ampliación de soluciones habitacionales), sin obligación inicial de restitución, el Parágrafo Único del artículo 15 de esta Ley dispuso expresamente que los afiliados que hubieran recibido ese subsidio y que enajenaran la solución habitacional dentro de los primeros cinco (5) años de su obtención, estaban obligados a reembolsar la totalidad del subsidio directo recibido, salvo que el afiliado se viese obligado a cambiar su residencia a otra ciudad, en cuyo caso podía vender su vivienda y optar de inmediato a una nueva solución habitacional, pero sin derecho a disfrutar de un nuevo subsidio.

En sintonía con este tipo de limitaciones, el artículo 45 de esta misma Ley dispuso la creación de la denominada hipoteca legal habitacional, para gravar con ella los inmuebles que fueren adquiridos por los afiliados mediante alguna de las modalidades crediticias previstas en dicho instrumento, precisando en su artículo 47 que el inmueble objeto de este tipo de garantía real hipotecaria especial, quedaba afecto a un patrimonio separado, excluido de la prenda común de los acreedores restantes del deudor del crédito, y prohibiendo su enajenación hasta que el préstamo otorgado conforme a sus

disposiciones no hubiere sido cancelado. Obviamente, se trata del diseño de medidas dirigidas a imponer límites razonables a la facultad de disponer, pero no de manera indeterminada o ambigua, sino mediante mecanismos que responden a criterios objetivos, cónsonos con las más elementales exigencias derivadas del principio de seguridad en la tenencia.

3. El derecho a la vivienda en el Texto Fundamental de 1999 y su posterior desarrollo a nivel legal

Con la entrada en vigencia del Texto Fundamental de 1999, la disposición encargada de consagrar el derecho a la vivienda sufrió modificaciones en su redacción, quedando establecido ese derecho ahora en los siguientes términos:

“Artículo 82.- Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas (Énfasis añadido).

Ya bajo la vigencia de esta nueva disposición constitucional fue dictada una nueva LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL,²⁴ en la cual, a pesar de la supresión de la expresión “adquisición” en el numeral 3 de su artículo 6, al describir los programas o formas de ejecución comprendidos

24 Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.066, del 30 de octubre de 2000.

dentro de la asistencia habitacional,²⁵ se contemplaron otras disposiciones que reiteraron alusiones directas a la adquisición en propiedad de unidades habitacionales, preservándose básicamente en los mismos términos previstos en su predecesora, la consagración de varios mecanismos como el subsidio directo (artículo 27) y la consecuente obligación de reintegro del mismo en caso de enajenación del inmueble dentro de los primeros cinco (5) años de su obtención (artículo 29, Parágrafo Único),²⁶ así como la consagración de la denominada hipoteca legal habitacional (artículo 62) y la consideración de los inmuebles gravados con ella como patrimonio separado (artículo 64).

Posteriormente, este texto legal fue derogado y sustituido por la LEY DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT,²⁷ que reformada luego parcialmente en 2 ocasiones,²⁸ sigue siendo el texto vigente en esta materia a la fecha en la cual se escribe el presente trabajo, en cuyo artículo 1° se indica expresamente que el régimen previsto en ella está “orientado a la satisfacción progresiva del derecho humano a la vivienda, que privilegia el acceso y

25 De conformidad con lo establecido en el artículo 8 (numeral 3) de la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional de 1998, uno de los programas habitacionales comprendidos dentro de la asistencia habitacional en materia de vivienda, estaba dado por la “producción, adquisición, arrendamiento, mejoramiento y ampliación de soluciones habitacionales”. La nueva LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL DE 2000 suprimió toda referencia a la adquisición en esa disposición, contemplando ahora en el numeral 3 de su artículo 6 simplemente a la “producción de nuevas viviendas”.

26 Cabe precisar que de conformidad con el Parágrafo Único del artículo 29 de esta nueva LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL DE 2000, además del reintegro del subsidio directo en caso de venta anticipada, se le confirió a los ejecutores la primera opción para readquirir en estos casos las viviendas que hubieren sido adquiridas con tales subsidios.

27 Publicada inicialmente en la Gaceta Oficial N° 38.182, del 9 de mayo de 2005, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 38.204, del 8 de junio de ese mismo año.

28 La primera de esas reformas parciales fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.591, del 26 de diciembre de 2006, mientras que la segunda fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.8567, Extraordinario, del 28 de diciembre de 2007.

seguridad en la tenencia de la tierra, adquisición, construcción, autoconstrucción, liberación de hipoteca, sustitución, restitución, reparación, remodelación y ampliación de la vivienda, servicios básicos esenciales, urbanismo, habitabilidad, y los medios que permitan la PROPIEDAD de una vivienda digna para la población, dando prioridad a las familias de escasos recursos, en correspondencia con la cultura de las comunidades" (Énfasis añadido).

Y al igual que lo venían haciendo anteriores textos en esta materia, aunque con menor recurrencia e intensidad, esta nueva Ley no sólo contempló disposiciones en materia de créditos hipotecarios y de asistencia crediticia, indicativas de que la atribución en plena propiedad de la unidad habitacional correspondiente, es una de las formas previstas para dar adecuada satisfacción al derecho a la vivienda, definido ahora expresamente en su artículo 12, sino que también reiteró la regulación sobre otorgamiento del ***subsidio directo*** (artículos 254 y 255), suprimiendo la fijación del límite temporal de cinco (5) años a los fines del reintegro y exigiendo la presentación ante el Registro de la constancia de haberlo hecho para poder enajenar, así como la ***hipoteca legal*** ahora a favor del BANCO NACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT (artículos 204 y 205).

Adicionalmente, junto a estos instrumentos destinados a regular la acción del Estado en el marco de programas sociales en materia de dotación de viviendas, cabe hacer mención, aunque sea muy brevemente, a otros textos como la LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES,²⁹ reformada posteriormente mediante el Decreto con rango, valor y fuerza de LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS Y PERIURBANOS,³⁰ la cual tiene por objeto (artículo 1º) "***regular el proceso de la tenencia de la tierra en posesión de la población en los asentamientos urbanos o periurbanos consolidados, para el debido otorgamiento de los títulos de adjudi-***

29 Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.480, del 17 de julio de 2006.

30 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.668, del 6 de mayo de 2011.

cación en propiedad de las tierras públicas y privadas, con el fin de contribuir a la satisfacción progresiva del derecho humano a la tierra a una vivienda digna y su hábitat sustentable y sostenible”.

Al referirse a lo que inicialmente se denominó como **asentamientos urbanos populares**, calificados posteriormente por la última reforma a dicho texto como **asentamientos urbanos y periurbanos**, el artículo 3 del mencionado Decreto Ley los definió como “áreas geográficas habitadas y consolidadas por la población, constituidas por viviendas que ocupan **tierras públicas o privadas**, determinados de forma integral e indivisible a partir de sus rasgos históricos, socioculturales, sus tradiciones y costumbres, aspectos económicos, físicos, geográficos, cuentan o no con servicios públicos básicos, así como el que no encontrándose en algunas de las condiciones antes descritas, ameriten un tratamiento especial, **siendo sus habitantes poseedores de la tierra y no se les ha reconocido su derecho a obtener los respectivos títulos de adjudicación en propiedad**” (Énfasis añadido).

A esos fines, tanto la LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES, como el posterior Decreto Ley de reforma a la misma, dispuso que la comunidad que hace vida en el barrio o asentamiento popular correspondiente, debe organizarse mediante la constitución de los correspondientes **Comités de Tierras Urbanas** (artículo 6), los cuales tienen a su cargo, entre otras competencias, la elaboración de un Plan de Ordenación Urbano básico, contenido en la denominada **Carta de Barrio** (artículos 17 y 24), así como impulsar y coadyuvar en el proceso de regularización integral de la tenencia de la tierra urbana o periurbana.

Fue precisamente el citado Decreto Ley de reforma (artículo 34) el que dispuso la creación del INSTITUTO DE TIERRAS URBANAS (INTU), como ente del Ejecutivo Nacional al cual se atribuyó competencia no sólo para sustanciar y decidir el procedimiento de otorgamiento o revocatoria de los correspondientes

títulos de adjudicación en propiedad, cuando se trate de asentamientos consolidados sobre tierras públicas (artículo 36.19), sino incluso para declarar la prescripción adquisitiva especial, cuando se trate de asentamientos consolidados sobre tierras privadas (artículo 36.14), a diferencia de la solución que había adoptado inicialmente en esta materia la LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES (artículos 50, 51 y 52), que guardando coherencia y debido respeto al derecho fundamental al debido proceso y al juez natural previstos constitucionalmente, reservaba la emisión de esa declaratoria al Poder Judicial, ordenando aplicar el procedimiento breve previsto en el Título XII del Libro IV del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Hasta aquí, pues, una aproximación muy general al tratamiento del derecho a la vivienda en los textos legales generales encargados de brindar atención normativa a este tema en el ámbito del Derecho positivo interno venezolano, antes del lanzamiento del programa gubernamental cuyo análisis nos ocupa en esta ocasión.

En términos generales y más allá del resultado que arroje la gestión real del Estado en el marco de programas de este tipo, se puede afirmar que el otorgamiento de plena propiedad a los beneficiarios sobre unidades habitacionales construidas o adquiridas en el marco de programas sociales desarrollados por el Estado en materia de vivienda, ha venido siendo una de las modalidades establecida en estos instrumentos para dar satisfacción a ese derecho, sin descartar el uso de otras figuras como el arrendamiento, el comodato y la enfiteusis, siendo posible quizás identificar en ellos, sobre todo en los primeros tiempos, una tendencia incluso más proclive o favorable a la atribución de plena propiedad a los beneficiarios sobre sus viviendas como opción prevalente, frente a lo que revela el tratamiento del tema en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Asimismo, puede apreciarse en estos textos que a los fines de lograr que los beneficiarios de unidades habitacionales adjudicadas en el marco de programas oficiales en esta materia, las destinaran efectivamente a la satisfacción de sus necesidades de vivienda, se contemplaron mecanismos que, sin desnaturalizar la condición de propietario pleno atribuida al beneficiario, impusiera ciertos límites o condicionantes al ejercicio por ellos de la facultad de disposición, pero no de manera indeterminada o ambigua, sino mediante mecanismos que respondían a criterios objetivos, cónsonos con las más elementales exigencias derivadas del principio de seguridad en la tenencia.

Finalmente, en lo relacionado con la adquisición forzosa por parte del Estado de inmuebles o terrenos destinados a construir soluciones habitacionales en el marco de programas sociales en materia de vivienda, cabe destacar que a excepción del ya comentado Decreto con rango, valor y fuerza de LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS Y PERIURBANOS (en lo que respecta a esa insólita e inconstitucional atribución de competencia a la Administración para la declaratoria de usucapión o prescripción adquisitiva, en el caso de asentamientos populares consolidados sobre terrenos privados), ninguno de estos textos contempló un régimen jurídico especial a esos fines, resultando evidente y clara la aplicación a tales efectos del régimen jurídico general previsto en la legislación ordinaria sobre expropiación por causa de utilidad pública o interés social.

Es, pues, bajo el panorama normativo contemplado en estos textos que hizo su aparición entre nosotros el programa social denominado GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA.

IV. APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO LEGAL DE LA GMVV

Aunque el lanzamiento oficial de la GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA fue ampliamente reseñado por distintos medios de comunicación social durante el mes de abril de 2011,³¹ lo cierto es que el primer texto legal encargado de regular la puesta en práctica del mismo entró en vigor el 29 de enero de ese año, con la promulgación del Decreto N° 8.005 con rango, valor y fuerza de LEY ORGÁNICA DE EMERGENCIA DE TERRENOS Y VIVIENDA (DLOETV).³²

1. La Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas como texto cardinal de este régimen

Ciertamente, el DLOETV fue el primero de los textos normativos de rango legal sancionados para establecer el régimen jurídico general encargado de regular la acción del Estado en el marco de este programa social o asistencial especial en materia de viviendas.

De cara a este instrumento, lo primero que cabe destacar es que, desde su inicio, tanto el propio programa como el régimen jurídico encargado de regular su funcionamiento, fueron concebidos con *carácter excepcional o extraordinario*,

31 A pesar que ya a principios del año 2011 el Presidente de la República venía anunciando el lanzamiento de este programa social, de cara a los efectos negativos generados en diversas regiones del país por intensas lluvias vividas fundamentalmente durante el mes de diciembre de 2010, lo cierto es que el lanzamiento oficial de la GMVV fue anunciado el 30 de abril de 2011. Ver en tal sentido, entre muchos otros medios que reseñaron este lanzamiento, lo recogido por el Correo del Orinoco en: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/nacionales/presidente-chavez-confirma-lanzamiento-gran-mision-vivienda-venezuela/>.

32 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.018, Extraordinario, del 29 de enero de 2011, dictado con fundamento en lo establecido por la Ley que autorizó al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley en las materias indicadas en dicho instrumento, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009, Extraordinario, del 17 de diciembre de 2010.

preservándose la vigencia del régimen general previsto tanto en la LEY DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT como en otros textos, para regular la acción ordinaria del Estado en materia de vivienda.

Así lo revela claramente la exposición de motivos de este instrumento, al señalar expresamente que el mismo tiene “*como finalidad activar un conjunto de mecanismos extraordinarios a ser dirigidos por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, en coordinación con otros entes del Estado Social del Poder Popular y del ámbito privado, con el objeto de enfrentar con éxito y rapidez la grave crisis de vivienda que sufre la población venezolana, y que es consecuencia del modelo capitalista explotador y excluyente que se impuso a Venezuela durante los últimos cien años. Todo ello agravado por las inclemencias del cambio climático, que se han manifestado recientemente, y cuyos terribles impactos han causado, no sólo grandes devastaciones en los barrios construidos en zonas inestables de las áreas urbanas, sino también, inmensas inundaciones en las zonas rurales del país, generando situaciones de riesgo, así como, terribles estados de angustia, temor y zozobra en millones de venezolanos y venezolanas” (Énfasis añadido).*

Ahora bien, siguiendo el enfoque anunciado al inicio de este trabajo, corresponde abordar el contenido de este texto legal para analizar cuál ha sido el tratamiento que ha recibido el derecho de propiedad, tanto desde la perspectiva de los titulares de inmuebles o terrenos afectados por actuaciones de distintos órganos y entes públicos, para destinarlos a la ejecución de edificaciones en el marco de este programa social, como desde la óptica de la situación jurídica en la cual quedan los beneficiarios finales o adjudicatarios de unidades habitacionales.

2. El régimen jurídico especial previsto en este texto para la privación coactiva de la propiedad sobre terrenos o inmuebles destinados a la construcción de viviendas

Ya se ha dicho que bajo la vigencia del régimen general encargado de regular la acción del Estado en materia de vivienda, en ausencia de disposiciones especiales sobre el particular, cualquiera actuación del Poder Público destinada a privar coactivamente a los particulares de la titularidad del derecho de propiedad sobre inmuebles o terrenos requeridos para la construcción de viviendas, está sometida irremisiblemente al régimen jurídico previsto en la LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O SOCIAL (LECUPS),³³ conforme al cual, en cumplimiento de las exigencias derivadas de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 de la Constitución, resulta indispensable que el tipo de obra a ser ejecutada haya sido declarado previamente, con carácter abstracto y general y sólo mediante Ley formal, como de utilidad pública; así como que posteriormente, luego de la realización de los estudios correspondientes y del planteamiento real de la obra a ser ejecutada, cuyos resultados consten tanto en la respectiva memoria descriptiva como en los planos correspondientes, se dicte el decreto de afectación en el cual se identifique cuál o cuáles son los bienes requeridos para la construcción o ejecución de la obra; cumplido lo cual resulta obligatorio agotar los esfuerzos para alcanzar un arreglo amigable o transacción extrajudicial, que evite el inicio y sustanciación del correspondiente juicio expropiatorio, al cual deberá acudir inevitablemente en caso de resultar imposible la celebración de dicho acuerdo, siendo únicamente en ese caso, con la emisión de la decisión judicial definitiva que ponga fin a dicho proceso y el previo pago de la justa indemnización al propietario, que se producirá finalmente la privación coactiva de su derecho de

33 Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.475, del 1° de julio de 2002.

propiedad sobre el inmueble o terreno requerido para la ejecución de la obra.

Pues bien, sucede que una de las novedades que introduce este nuevo texto legal, frente al régimen jurídico general en materia de vivienda con el cual convive, es la consagración de un régimen jurídico especial en materia de privación coactiva del derecho de propiedad sobre los inmuebles o terrenos a ser destinados para la ejecución de obras en el marco de este programa.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 (numeral 3) del DLOETV, corresponde al Ejecutivo Nacional dictar Decretos de creación de Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR), en las cuales el Estado procederá a reordenar integralmente la distribución y uso del espacio, sea éste urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de micro comunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades, precisando esa misma norma que en las zonas que hayan sido decretadas como áreas AVIVIR, el Estado no permitirá la existencia de inmuebles no residenciales o terrenos abandonados, ociosos, subutilizados o de uso inapropiado, que presenten condiciones y potencial para cumplir con el objetivo de esa Ley, a lo cual agrega esa misma disposición que la competencia para establecer las categorías mencionadas en ese mismo numeral, será exclusivamente del organismo debidamente calificado y con carácter nacional, que el Ejecutivo Nacional cree mediante Decreto.

A esos fines, el artículo 5 del mismo DLOETV indica expresamente que se “DECLARARÁN” (sic) de utilidad pública, interés social e importancia estratégica, los inmuebles no residenciales, así como los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos o subutilizados o sobre los cuales exista un uso inadecuado a los fines del poblamiento para el buen vivir de la población, en las zonas que hayan sido decretadas formalmente

como Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR), a lo cual agrega el artículo 9 de ese mismo instrumento normativo, que las tierras públicas o privadas aptas para la construcción de viviendas que estén en esas condiciones (ociosas, abandonadas o subutilizadas, o sobre las que exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento) y que estén ubicadas en una zona decretada formalmente por el Ejecutivo Nacional como Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR), quedan afectadas a la construcción de viviendas.

Ahora bien, más allá de la radical alteración a la garantía de la reserva legal y al régimen jurídico general para la ordenación del territorio y para la ordenación urbanística que encierra la creación por decreto de estas áreas AVIVIR, así como la afectación para la construcción de viviendas de los terrenos o inmuebles ubicados físicamente en el ámbito de estas áreas y que se encuentren abandonados, ociosos, subutilizados o con un uso inapropiado a los fines del poblamiento, lo cierto es que nada establece el propio DLOETV en cuanto a cuál es el órgano o ente competente para declarar formalmente que un determinado inmueble o terreno se encuentra en esas condiciones, ni los parámetros que deben tenerse en cuenta a esos fines o los detalles del procedimiento que debe sustanciarse para emitir un pronunciamiento en tal sentido.

Sin embargo, sucede que antes de la promulgación del DLOETV, había sido sancionada y promulgada ya la LEY DE TIERRAS URBANAS (LTU),³⁴ cuyo objeto, según su artículo 1º, es –precisamente– “regular la tenencia de tierras urbanas sin uso, aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat, a los fines de establecer las bases del desarrollo urbano y la satisfacción progresiva del derecho a las viviendas dignas en las zonas urbanas”.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de este instrumento, *se entiende por tierras urbanas sin uso, aptas*

34 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.933, Extraordinario, del 21 de octubre de 2009.

para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat, aquellas extensiones, ubicadas en áreas de las ciudades equipadas de servicios públicos, que se encuentren “abandonadas por sus propietarios”, “sin edificar” o “cualquier otra que así determine el Ejecutivo Nacional”, atribuyéndose en su artículo 7 la competencia para declarar una tierra urbana sin uso, al órgano o ente del Ejecutivo Nacional con competencia técnica para la regularización de la tenencia de la tierra urbana, el cual, atendiendo a lo dispuesto por el Decreto con rango, valor y fuerza de LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS Y PERIURBANOS (artículos 34 y siguientes), no es otro que el INSTITUTO DE TIERRAS URBANAS (INTU).

Por su parte, los artículos 21 y siguientes de esta misma LTU, se encargan de regular cuál es el procedimiento que debe ser sustanciado por el INTU a esos fines, precisando en su artículo 29 que *“Si el procedimiento concluye con la declaratoria de tierra urbana sin uso, el Ejecutivo Nacional a través del órgano o ente con competencia técnica nacional para la regularización de la tenencia de la tierra urbana, iniciará de inmediato los trámites de transmisión de la propiedad, pudiendo ocupar previamente las tierras, con la finalidad de efectuar los estudios del suelo o cualquier otra actividad relacionada con la ejecución de las obras que se hayan proyectado”.*

De manera, pues, que declarada como haya sido una determinada zona o área como AVIVIR, mediante la emisión del Decreto correspondiente, y sustanciado como haya sido el procedimiento administrativo previsto en la LTU respecto de un terreno o inmueble ubicado en el área así calificada, una vez emitido un acto jurídico formal en el cual se declare que ese inmueble o terreno se encuentra en esas condiciones (ocioso, abandonado, subutilizado o con un uso inadecuado a los fines del poblamiento), atendiendo tanto a lo establecido por los artículos 11 y 29 de la misma LTU, como a lo dispuesto por los artículos 28 al 33 del propio DLOTEV, lo procedente es realizar los estudios técnicos que permitan determinar si es viable la ejecución en dicho inmueble o terreno de soluciones

habitacionales, para lo cual se habilita al Ejecutivo Nacional a los fines de poder ordenar la ocupación temporal de dicho inmueble o terreno, mediante Resolución motivada que lo identifique, con precisa determinación de sus características, ubicación y extensión, ordenando el artículo 30 del DLOETV, para el caso en que tales estudios determinen que no es factible dar al terreno o inmueble el uso requerido a los fines de dicho instrumento, que sea devuelto a su propietario, con la correspondiente indemnización de daños, si hubiere lugar a ella.

Pero si los estudios correspondientes determinan que sí es factible dar al terreno o inmueble el uso requerido a los fines del DLOETV, el artículo 31 de dicho instrumento dispone que *“la Administración, para proceder a su adquisición, deberá agotar la vía de la negociación amigable, en virtud de lo cual, podrá celebrar su compra-venta, en forma directa e inmediata con éstos”,* a lo cual agrega el artículo 33 que de no obtenerse ningún resultado de la negociación amigable a la cual se contrae el artículo 31, si la ejecución de la obra ha sido calificada como de urgente realización, *“se dictará el Decreto ordenando la expropiación, de acuerdo con el procedimiento aquí establecido”* (Énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 34 del mismo DLOETV precisa que el justiprecio se determinará *con base en la tasa que establezca la normativa que se derive de su promulgación*, mientras que el artículo 3 (numeral 9) de este mismo instrumento atribuye competencia al Ejecutivo Nacional para *“Establecer parámetros y bandas de precios del metro cuadrado de terrenos y de construcción para vivienda de acuerdo con la estructura de costos y el interés social, para acabar con la especulación y la usura en materia de tierra, vivienda y hábitat”*.

Pues bien, atendiendo al contenido de esas disposiciones, fue promulgado el Decreto N° 9.050 con rango, valor y fuerza de LEY PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE BIENES INMUEBLES EN LOS CASOS DE EXPROPIACIONES DE EMERGENCIA CON FINES DE POBLA-

MIENTO Y HABITABILIDAD,³⁵ en el cual se estableció (artículo 2) que el justiprecio del inmueble se determinará utilizando como base de cálculo el “último valor de compra indicado en el respectivo documento de propiedad debidamente protocolizado”,³⁶ actualizado mediante la aplicación de un factor de corrección, conformado por el promedio aritmético simple de las siguientes magnitudes, publicadas por el BANCO CENTRAL DE VENEZUELA (artículo 3): a) la variación del índice nacional de precios al consumidor (INPC); b) La tasa de interés pasiva nominal de los depósitos a plazo superiores a noventa (90) días capitalizable mensual, y; c) La tasa de interés activa nominal promedio ponderada, prohibiendo expresamente considerar a esos fines “el precio de mercado o el valor de mercado”.

Finalmente, el artículo 35 de ese mismo texto, comprendido dentro del Título VIII, denominado DEL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN DE EMERGENCIA, dispone que “Toda persona que considere afectados sus derechos e intereses como consecuencia de las medidas a que se refiere la presente normativa, o que estime que el justiprecio no se ajusta a los parámetros técnicos establecidos en la normativa que se derive de la promulgación de esta ley, podrá formular oposición ante el juez contencioso administrativo competente, de conformidad con el procedimiento de oposición previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, sin que tal oposición tenga el efecto de suspender la ejecución acordada”, a lo cual agrega el artículo 36 que “Una vez establecido el monto del justiprecio, la Administración lo consignará ante el juez contencioso administrativo competente, quien dictará inmediatamente la sentencia expropiatoria, declarando que los bienes objeto de las medidas, pasan

35 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.945, del 15 de junio de 2012.

36 El artículo 2 de este instrumento precisa que “En el supuesto que el documento protocolizado de compra-venta del inmueble, tenga data inferior a un (1) año para el momento del inicio del procedimiento de expropiación de emergencia, se considerará como base de cálculo, la penúltima transacción registrada”, así como que “En caso que el documento de propiedad no exprese el valor del inmueble, por tratarse de donación, herencia, cesión de derechos, sentencia judicial, u otra causa, se tomará como valor referencial y fecha para el cálculo del justiprecio, lo expresado en el último documento”.

al patrimonio de la Administración, libres de toda carga o gravamen”, precisando que “La sentencia constituirá el título de propiedad del bien, y deberá ser registrada ante la Oficina de Registro correspondiente”.

A. Las contravenciones e imprecisiones que revela este régimen jurídico respecto de las exigencias derivadas del derecho al debido proceso y de la garantía expropiatoria

Como se ha indicado ya en anterior sección de este mismo trabajo, el cumplimiento de las exigencias derivadas de la garantía expropiatoria contemplada en el artículo 115 del Texto Fundamental, implica que el tipo de obra o actividad a ser ejecutada haya sido declarado previamente y sólo mediante Ley formal, con carácter abstracto y general, como de utilidad pública, así como que posteriormente, luego de la realización de los estudios correspondientes y del planteamiento real de la obra a ser ejecutada (cuyos resultados consten tanto en la respectiva memoria descriptiva como en los planos correspondientes), se identifique cuál es el bien o bienes que resultan aptos e idóneos para la ejecución de la obra o actividad de que se trate, siendo entonces cuando procede dictar el correspondiente decreto de afectación, en el cual se identifique con precisión el bien o bienes requeridos a esos fines, cumplido lo cual resulta obligatorio agotar los esfuerzos para alcanzar un arreglo amigable, que en modo alguno califica como compraventa (pues no rige plenamente la autonomía de la voluntad de ambas partes, ya que se trata de una adquisición forzosa), sino que responde a la estructura de una transacción extrajudicial, destinada a evitar el inicio y posterior sustanciación del correspondiente juicio expropiatorio, al cual deberá acudir inevitablemente en caso de resultar imposible la celebración de dicho acuerdo, siendo únicamente en ese caso, con la emisión de la decisión judicial definitiva que ponga fin a dicho proceso y el previo pago de una justa indemnización al propietario (que sustituya en su patrimonio el valor del bien expropiado, sin enriquecerlo ni empobrecerlo), que se producirá finalmente

la privación coactiva de su derecho de propiedad sobre el inmueble o terreno requerido para la ejecución de la obra.

Pues bien, al acudir a las disposiciones del DLOETV destinadas a contemplar ese régimen jurídico especial para la privación coactiva de la propiedad, al cual se califica expresamente en dicho texto como procedimiento de expropiación de emergencia, encontramos que son varias y de diferente entidad las contravenciones e imprecisiones que dicho régimen revela respecto a las más elementales exigencias derivadas de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 de la Constitución.

a. Una equívoca e inconstitucional declaratoria de utilidad pública

Ciertamente, en lo atinente a la primera fase del proceso, referida a la declaratoria de utilidad pública, saltan a la vista los términos en los cuales el artículo 5 del DLOETV ha pretendido dar cumplimiento a esta exigencia.

Lo primero que destaca en el texto de este precepto es que esa declaratoria no se formula en términos categóricos, indubitables y definitivos, usando el verbo en su tiempo presente (se declaran), sino en términos posibles o potenciales, haciendo uso a esos fines del verbo en tiempo futuro. Se “DECLARARÁN”, es lo que dice literalmente el precepto, frente a lo cual cabe la pregunta: ¿Quién lo hará, cuando lo hará, por cuáles razones y por qué medio?, pues de conformidad con la más elemental exigencia derivada de la garantía expropiatoria en este campo, esa declaratoria sólo puede hacerse por LEY, en términos abstractos y generales, estando completamente vedado hacerlo mediante cualquier otro acto distinto (incluyendo Acuerdos dictados por los órganos que tienen a su cargo el ejercicio de

la función legislativa, mucho menos mediante Decreto dictado por el Ejecutivo).³⁷

No se desconoce que en otros preceptos del propio DLOETV, parece asumirse que esa declaratoria de utilidad pública ya ha sido concretada por dicho instrumento. Así sucede específicamente con el artículo 27, en el cual se afirma *“Declaradas como han sido de utilidad pública las actuaciones que versan sobre el objeto de la presente Ley”*, frase que se reitera en términos similares en el texto del artículo 33.

Sin embargo, sucede que atendiendo al tenor literal del artículo 5 del DLOETV, no es cierto que en dicho precepto hayan sido ya efectivamente declaradas como de utilidad pública *“las actuaciones que versan sobre el objeto de la presente ley”*, pues lo único que literalmente se afirma en esa norma es que se ***“DECLARARÁN”*** (sic) como de utilidad pública *“los inmuebles no residenciales, así como, los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos, subutilizados o sobre los que exista un uso Inadecuado a los fines del Poblamiento, para el buen vivir de la población en las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR)”*.

Otro aspecto que cabe censurar en los términos de esta declaratoria es, precisamente, que ella está referida a una determinada categoría de ***bienes***; concretamente: *“los inmuebles no residenciales, así como, los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos, subutilizados o sobre los que exista un uso Inadecuado a los fines del Poblamiento, para el buen vivir de la población en las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR)”*, cuando en realidad, el objeto material sobre el cual ha de recaer una declaratoria de esta naturaleza (utilidad pública con fines expropia-

37 Ver, en tal sentido, GRAU FORTOUL, Gustavo Adolfo: *“Algunas reflexiones sobre la expropiación, como medio de privación coactiva de la propiedad”*, en A.A.VV.: *Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa en Venezuela*, Colección de Estudios Jurídicos, GRAU, HERNÁNDEZ & MÓNACO, Caracas, 2006, p. 61 y siguientes.

torios), sólo puede estar referido a determinado tipo o categoría de obras o actividades, en forma abstracta y general.

Dicho de otro modo, lo que procede calificar o no como de utilidad pública o social, con fines expropiatorios, no son los bienes requeridos para construir un determinado tipo de obras o para realizar un determinado tipo de actividad. Esos bienes serán objeto de otro tipo de declaración jurídico formal, que se emite luego de haberse efectuado los estudios dirigidos a determinar, de manera concreta, específica e individualizada, cuál es el bien apto e idóneo para ejecutar la obra o actividad declaradas previamente como de utilidad pública, siendo entonces cuando procede, no declarar de utilidad pública ese bien, o incluso la categoría a la cual pertenece ese bien, sino la afectación de ese bien, mediante la emisión del respectivo Decreto de expropiación, que por oposición a la declaratoria de utilidad pública, como acto de contenido abstracto y general, se caracteriza precisamente por ser un acto de carácter y efectos particulares, singularizado y concreto.

Luego, lo que se declara de utilidad pública mediante Ley son determinados tipos o categorías de obras o actividades en general. Lo que se afecta mediante Decreto es un bien o un conjunto de bienes singularizados, concretos y claramente identificables, una vez se ha determinado que ellos son aptos para la ejecución de una obra o la realización una determinada actividad ya declarada previamente y mediante Ley como de utilidad pública. En esto también ofrece vicios la declaratoria contenida en el artículo 5 del DLOETV.

b. Una subversión radical del procedimiento expropiatorio

Otra de las contravenciones que revela este régimen jurídico especial previsto en el DLOETV respecto de las más elementales exigencias derivadas de la garantía expropiatoria y del derecho al debido proceso, consiste en la radical subversión o alteración del procedimiento expropiatorio en la cual

incurre el diseñado en este texto, calificado expresamente como de emergencia.

a'. Ocupaciones administrativas, sin garantías y para la "ejecución inmediata" de la obra

En efecto, comenzando por el régimen jurídico de las ocupaciones sobre el inmueble o terreno objeto de expropiación, cabe destacar que en la regulación del procedimiento general previsto en la LECUPS, la ocupación previa o toma de posesión real y física del inmueble o terreno afectado por parte del ente expropiante, con la consecuente desposesión del propietario u ocupante, sólo procede en el marco del juicio expropiatorio, luego de haber sido cumplidas satisfactoriamente tanto la fase legislativa de declaratoria de utilidad pública mediante Ley formal, como la fase ejecutiva de emisión del Decreto de Afectación y de sustanciación (infructuosa) del procedimiento administrativo destinado a explorar la posibilidad de alcanzar un arreglo amigable.

Más aún, la ocupación previa constituye una medida cautelar nominada, para cuyo decreto por el juez competente se exige al ente expropiante el cumplimiento inexorable de una serie de requisitos, establecidos en los artículos 56 y 57 de la LECUPS en protección de la posición jurídica del titular del derecho de propiedad sobre el inmueble o terreno afectado:

- a) Que la obra a ser ejecutada y que ha sido previamente declarada mediante Ley como de utilidad pública, haya sido declarada expresamente también, en el propio texto del Decreto Expropiatorio, como de urgente realización;
- b) Que el ente expropiante haga valorar el bien objeto de expropiación por una Comisión de Avalúos, en cuya

designación deben observarse la exigencias establecidas por el artículo 19 de la misma LECUPS,³⁸

- c) Que se haya ejercido efectivamente la demanda de expropiación ante el juez competente, siendo precisamente en el libelo correspondiente donde debe solicitarse el decreto de esta medida y acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos a esos fines;
- d) Que el Juez de la causa, antes de decretar la medida de ocupación previa, notifique al propietario y a los ocupantes (si los hubiere) a fin practicar una inspección judicial, en la cual se dejará constancia de todas las circunstancias de hecho que deben tenerse en cuenta para fijar el monto de la justa indemnización y que puedan desaparecer o cambiar de situación o estado por el hecho de la ocupación, atribuyéndose expresamente al propietario y a los eventuales ocupantes el derecho de hacer todas las observaciones que tuvieran a bien durante la práctica de la inspección, así como a que las que hagan, por más extensas y minuciosas que sean, se hagan constar en el acta respectiva;
- e) Que el ente expropiante consigne ante el tribunal la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien, la cual servirá –precisamente– a los fines del decreto de la medida y como garantía de pago al expropiado;

En franco contraste con lo anterior, el DLOETV suprime por completo todas estas garantías, limitándose a señalar que

38 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 de la LECUPS, la Comisión de Avalúos debe estar constituida por tres (3) peritos: uno designado por el ente expropiante, otro por el propietario y el tercero nombrado de común acuerdo por las partes. Cuando una de ellas no concurriese o no pudiese avenirse en el nombramiento del tercer miembro, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, de la jurisdicción respectiva hará el nombramiento del que le corresponde a la parte, y del tercer miembro, o de éste solamente, según el caso.

“Cuando la ejecución de la obra se califique de urgente, procederá la ocupación previa del terreno o inmueble no residencial afectado, para su ejecución inmediata en los términos establecidos en la presente Ley” (artículo 10, énfasis añadido), precisando que la adopción de esa específica medida (*ocupación previa*) *“será competencia única y exclusiva del Ejecutivo Nacional”, el cual deberá hacer “las articulaciones necesarias para la actuación de otros entes del Estado, así como del Poder Popular para la consecución de los fines previstos en esta Ley”(artículo 11).*

Casi sobra decir que esta peculiar regulación de la ocupación previa, como medida nominada en materia expropiatoria, resulta abiertamente contraria tanto al derecho fundamental al debido proceso y al juez natural previsto en el artículo 49 de la Constitución, como a las más elementales exigencias derivadas de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental, pues a diferencia del régimen general contemplado en la LECUPS, la adopción de la medida de ocupación previa, prevista en el DLOETV a los fines de la *ejecución inmediata* de la obra, no solo se atribuye al Ejecutivo Nacional y no al Juez competente para conocer del juicio expropiatorio, sino que adicionalmente se deja al propietario afectado desguarnecido a los fines de hacer efectiva la exigencia de una justa indemnización, tanto en caso que se declare procedente la expropiación, como sobre todo y muy especialmente para el caso en el cual se llegara a emitir una decisión adversa, pues en este último caso, el particular tendría derecho a ser indemnizado de los daños sufridos, siendo a esos fines que la LECUPS contempla la exigencia suprimida ahora por el DLOETV para la adopción de esta medida, en el sentido de hacer valorar preliminarmente el bien afectado y exigir al expropiante la consignación de ese monto, como requisito para poder acordar la ocupación previa.

Ahora bien, junto a esa ocupación previa y bajo el Título VII (*medidas en vía administrativa*), el DLOETV contempla además la posibilidad de acordar una *ocupación de urgen-*

cia (artículo 27), indicando que puede ser decretada no sólo respecto “*de los terrenos e inmuebles no residenciales, ociosos, subutilizados o de uso inadecuado a los efectos del Poblamiento*”, sino también para el “*uso de los bienes esenciales para garantizar la construcción de viviendas y la fijación del precio de venta de las mismas*”, bastando a esos fines que la obra a ser ejecutada haya sido calificada como de urgente realización y que la autoridad administrativa dicte una Resolución en la cual califique a los bienes de que se trate como *esenciales*, ordenando la ocupación de urgencia de los mismos.

Finalmente, la ocupación temporal está prevista en ese mismo Título VII (artículo 28) para ser adoptada respecto de los bienes que se requiera “*en forma no permanente, para la realización de determinadas obras, actividades o el logro de fines específicos*”, indicándose que una vez dictada la Resolución correspondiente es que las partes afectadas podrán formular oposición, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Título VIII.

Ya hemos dicho que el artículo 29 del DLOETV establece que una vez dictada la Resolución que acuerde la ocupación, se deberán efectuar las respectivas notificaciones a las partes afectadas y se harán las evaluaciones técnicas para determinar la factibilidad del uso de los bienes para los fines señalados en la Resolución, lo cual podría asumirse inicialmente como indicativo de que ése es el único fin o propósito para el cual pueden ser decretadas esas ocupaciones, y que sólo en caso que dichos estudios arrojen un resultado favorable a la factibilidad de ejecución de la obra, es que se procederá a la adquisición forzosa del bien de que se trate (artículo 31), devolviéndolos al propietario en caso contrario (artículo 30).

Sin embargo, más allá de que la ubicación de este precepto podría ser interpretada como indicativa de que su alcance se encuentra limitado únicamente a las *medidas en vía administrativa* reguladas en el Título VII (*ocupación de urgencia / ocupación temporal*), dejando por fuera a la *ocupación previa*, lo cierto es

que de acuerdo con el propio DLOETV (artículo 10), las ocupaciones del inmueble o terreno sobre el cual va a ser construida la obra o de aquellos declarados esenciales para su ejecución (ocupación previa / ocupación de urgencia), no así la referida a los bienes que se requieren en forma no permanente a esos mismos fines (ocupación temporal), están concebidas como destinadas a alcanzar la desposesión de tales bienes con el fin de permitir la ejecución inmediata de la obra de que se trate.

Solo que a diferencia del régimen jurídico general en esta materia contenido en la LECUPS, tales ocupaciones no son acordadas por un Juez, en el marco de un proceso judicial expropiatorio y con las debidas garantías para el afectado, sino que son decretadas como medidas administrativas y sin contemplarse la necesidad de sustanciar procedimiento alguno a esos fines, ni de cumplir aunque sea con algunos elementales extremos destinados a dejar a buen resguardo la posición jurídica de los afectados, a quienes el artículo 35 remite simplemente a formular oposición –ahora si– ante el Juez Contencioso Administrativo Competente, pero ordenando insólitamente aplicar a esos fines el procedimiento establecido en la LECUPS, la cual no contempla procedimiento alguno para hacer oposición frente a medidas preventivas, sino únicamente frente a la propia demanda de expropiación, precisando finalmente ese mismo precepto (artículo 35 DLOETV) que tal oposición no puede implicar en ningún caso la suspensión de la ejecución de la obra para la cual haya sido decretada y practicada.

Obviamente, resultan por demás notables las diferencias entre uno y otro régimen en materia de ocupaciones, especialmente por la radical y desproporcionada supresión de elementales previsiones destinadas a resguardar equilibradamente a quienes puedan resultar afectados por la adopción de estas medidas, sin sacrificar el avance en la ejecución de la obra, previsiones estas que si bien no están consagradas directa y expresamente a nivel constitucional,

no cabe duda que han venido formando parte de la tradición jurídica venezolana en materia de expropiación, siendo plausible considerarlas no sólo como parte del debido proceso que, aparte de ser un derecho fundamental en sí mismo (artículo 49), constituye el mecanismo indispensable a ser sustanciado para la emisión de esa sentencia firme a la cual si hace referencia expresa el artículo 115 del Texto Constitucional.

b'. O me vendes o te expropio: la radical alteración del orden lógico de la fase de arreglo amigable en el proceso expropiatorio y la insólita calificación del eventual arreglo como una "compra-venta"

Quizás uno de los aspectos más resaltantes del régimen jurídico especial previsto en el DLOETV, que pone especialmente de manifiesto esa alternación del orden lógico en el cual están dispuestos los distintos pasos o etapas que, en teoría, deberían cumplirse conforme a este instrumento para proceder a la privación coactiva de inmuebles o terrenos destinados a la ejecución en ellos de proyectos habitacionales, viene dada por la regulación de los momentos en los cuales tiene lugar tanto la emisión del Decreto expropiatorio como la exploración de la posibilidad de alcanzar un arreglo amigable con el afectado.

Ciertamente, de acuerdo con el régimen expropiatorio general u ordinario previsto en la LECUPS, la fase destinada a explorar la posibilidad de alcanzar un arreglo amigable se inicia solo después de que se ha emitido el correspondiente Decreto de expropiación o afectación, por haberse determinado mediante los estudios correspondientes que ése es el bien óptimo requerido para la ejecución de una obra o la realización de una actividad que ha sido declarada ya previamente y mediante Ley formal como de utilidad pública, siendo precisamente esta la razón por la cual el arreglo amigable en el marco de un proceso expropiatorio, responde a la naturaleza de una transacción extrajudicial, pues está destinado a

evitar el inicio de un litigio; concretamente, el que tendrá que iniciar inexorablemente el ente expropiante si resultan infructuosos sus esfuerzos de alcanzar un acuerdo en tal sentido con el propietario afectado.

Pues bien, sucede que el DLOETV subvierte radicalmente el orden lógico dispuesto a esos fines en el régimen jurídico general u ordinario en materia de expropiación, ya que para el caso en el cual los estudios técnicos correspondientes arrojen un resultado favorable a la factibilidad de la ejecución de la obra, el artículo 31 dispone que la Administración inicie los trámites para explorar la posibilidad de alcanzar un arreglo amigable con el propietario afectado, cuando para ese momento, ni siquiera se ha dictado aún el correspondiente Decreto de expropiación o de afectación, cuya emisión está prevista en el artículo 33 solo para el caso en el cual las negociaciones previstas en el artículo 31 resulten infructuosas.

Sin embargo, de acuerdo con el propio tenor literal del artículo 31, se califica como compra-venta la operación en virtud de la cual se produciría la transferencia de la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien afectado en el marco de las negociaciones previstas en dicho precepto, cuando en realidad la voluntad o el consentimiento del propietario afectado estaría siendo expresada en todo caso en condiciones abiertamente reveladoras de la presencia de elementos indicativos de la configuración de violencia, como uno de los vicios en el consentimiento que de conformidad con lo establecido en los artículos 1.146, 1.150 y 1.151 del CÓDIGO CIVIL,³⁹ determinan la nulidad del contrato.

Resulta casi pueril tener que insistir en lo radicalmente absurdo y contrario a Derecho del diseño de este régimen previsto en el DLOETV.

39 Publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990, Extraordinario, del 26 de julio de 1982.

c'. Una expropiación de emergencia sin procedimiento

Por otra parte e igualmente como manifestación de lo que se ha calificado en este punto como una radical alternación del orden lógico en el cual están dispuestos los distintos pasos o etapas que, en teoría, deberían cumplirse conforme a este instrumento para proceder a la privación coactiva de inmuebles destinados a la ejecución en ellos de proyectos habitacionales, cabe destacar la ausencia de previsión expresa o de remisión adecuada para determinar cuál es el procedimiento a seguir a los fines de sustanciar el proceso judicial expropiatorio, hasta alcanzar la emisión de esa sentencia firme que, junto con el pago de una justa indemnización, han sido previstas en el artículo 115 de la Constitución como condiciones esenciales de la garantía expropiatoria.

En efecto, basta acudir a las disposiciones pertinentes del DLOETV para apreciar con absoluta claridad y con total asombro que bajo el Título VIII, denominado *Del procedimiento de expropiación de emergencia*, se incluyen simplemente cuatro disposiciones destinadas a regular, única y exclusivamente, los siguientes aspectos:

- a) La emisión del *Decreto de expropiación*, ante la ocurrencia concurrente de la infructuosidad de las negociaciones previstas en el artículo 31, de la declaratoria de la ejecución de la obra como de urgente realización y de la determinación de la factibilidad técnica para su ejecución en el bien o terreno afectado, mereciendo destacarse muy especialmente la mención contenida en la última frase de este artículo 33, específicamente al señalar que la expropiación se llevará a cabo *“de acuerdo con el procedimiento aquí establecido”*, pues como veremos, lo cierto es que no se ha establecido ningún procedimiento;

- b) La tasa a ser utilizada a los fines de la determinación del justiprecio previsto en los artículos 27 y 28 del propio DLOETV, punto este en torno al cual el artículo 34 simplemente se limita a señalar que la misma será establecida en “la normativa que se derive de su publicación”;
- c) La posibilidad prevista en el artículo 35 del DLOETV, para que las personas que se consideren afectadas por las medidas administrativas contempladas en dicho texto (*ocupación previa / ocupación de urgencia / ocupación temporal*), o que estimen que el justiprecio no se adecúa a los parámetros técnicos que debe establecer la normativa que se derive de la promulgación del mismo, puedan ejercer oposición ante el Juez Contencioso Administrativo competente (sin precisar cuál es específicamente), remitiendo equívocamente a esos fines al procedimiento de oposición previsto en la LECUPS, cuando en realidad, la única oposición expresamente regulada en este último texto, es la que puede ejercer el propietario demandado en el juicio de expropiación iniciado por el ente expropiante, en caso que considere que no están dados los extremos previstos en la Ley para que proceda la expropiación o que ésta debe ser total y no parcial (artículos 29 y 30 LECUPS);
- d) Finalmente, el artículo 36 se dedica a regular, en términos por demás peculiares e insólitos, el momento de la emisión y el contenido de lo que se denomina en dicha norma como la sentencia expropiatoria, indicando que ello tendrá lugar inmediatamente después de la consignación del justiprecio por parte de la Administración ante el Juez Contencioso Administrativo competente, pero precisando además que el contenido de esa sentencia es uno muy concreto y específico: “que los bienes objeto de las medidas, pasan al patrimonio de la Administración, libres de toda carga o gravamen”, así

como que “La sentencia constituirá el título de propiedad del bien, y deberá ser registrada ante la Oficina de Registro correspondiente”.

De cara al tenor literal de estos preceptos, contenidos en el Título VIII del DLOETV, bajo el epígrafe *“Del procedimiento de expropiación de emergencia”*, queda absolutamente claro que dicho texto no contempla ningún procedimiento de expropiación especial, ni remite adecuadamente a esos fines al procedimiento ordinario o general previsto en la LECUPS, dejando en principio al régimen jurídico especial en esta materia completamente huérfano de previsiones que resultan indispensables para poder satisfacer la más elemental, contundente y esencial exigencia derivada tanto del derecho a la defensa y al debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución, como de la garantía expropiatoria consagrada en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

Ciertamente, salta a la vista la absoluta ausencia de regulación expresa y precisa en dicho Título respecto a los elementos más básicos del procedimiento a seguir a los fines de sustanciar ese juicio expropiatorio especial que se anuncia en el mismo. O dicho de otro modo, no existe norma alguna en todo el DLOETV que regule o diseñe, ni siquiera al nivel más básico o elemental, las fases o pasos del procedimiento expropiatorio extraordinario anunciado en su Título VIII.

En su lugar, la única mención que contiene ese Título a las disposiciones de la LECUPS, hecha en el artículo 35, lo ha sido no para ordenar la aplicación de las disposiciones generales de ese último texto en materia del juicio ordinario de expropiación, sino para tramitar la oposición a las medidas administrativas previstas en el propio DLOETV (*ocupación previa / ocupación de urgencia / ocupación temporal*) o al justiprecio del bien afectado, cuando en realidad, la LECUPS no contempla trámite de oposición alguno a esos fines, pues la única oposición que regula expresamente dicho texto es la que puede

ejercer el propietario demandado en el juicio de expropiación iniciado por el ente expropiante, en caso que considere que no están dados los extremos previstos en la Ley para que proceda la expropiación o que ésta debe ser total y no parcial (artículos 29 y 30 LECUPS).

Ni hablar del contenido del artículo 36 del DLOETV, en el cual no se explica en modo alguno cuál es el procedimiento a seguir para que en su cauce se pueda emitir esa sentencia expropiatoria, llamada a constituir en favor de la Administración el título del propiedad del bien, limitándose a señalar en tal sentido que esa decisión no sólo debe ser emitida “inmediatamente” y sin discusión alguna por el Juez Contencioso Administrativo competente, luego de la consignación del Justiprecio por parte de la Administración, sino que el único contenido posible de esa sentencia es el declarar que “los bienes objeto de las medidas,” pasan al patrimonio de la Administración, libre de toda carga o gravamen.”

Incluso, haciendo un esfuerzo interpretativo e integrador del DLOETV, especialmente de cara a esa expresión contenida en el artículo 36 del DELOETV, en la cual se indica que la sentencia expropiatoria debe ser emitida respecto a los “bienes objeto de las medidas,” no se alcanzaría a dar coherencia y sentido a la secuencia lógica del proceso a seguir.

En efecto, para que pueda pronunciarse una sentencia expropiatoria, conforme al diseño asumido por el DLOETV, no parece ser suficiente que la Administración simplemente haya decretado o acordado cualquiera de las medidas referidas a los bienes susceptibles de ser utilizados para la ejecución de la obra (ocupación previa/ocupación de urgencia), ya que según el artículo 31 de la propia Ley, en caso que el estudio técnico llevado a cabo en el marco de tales ocupaciones arroje como resultado la inutilidad del bien a esos fines, lo procedente es el cese de la ocupación y la puesta del propietario nuevamente en posesión real y física del bien de que se trate.

Por tanto, solo después de que esos estudios técnicos hayan arrojado un resultado favorable a la ejecución del obra sobre el bien objeto de la medida, que esa obra haya sido declarada como de urgente realización y que además hayan resultado infructuosas las negociaciones contempladas en el mismo artículo 31, es que de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del mismo DLOETV, procedería la emisión del correspondiente Decreto de expropiación, que en teoría, sería el título jurídico en el cual, conforme al régimen ordinario previsto en la LECUPS, debe fundarse el ejercicio de la acción judicial correspondiente por parte del ente expropiante, a los fines de alcanzar, precisamente en el cauce de ese juicio y luego de haber concluido la sustanciación del mismo, la emisión de esa sentencia firme exigida por el artículo 115 de la Constitución, como parte de esencial de la garantía expropiatoria.

Sin embargo, nada de esto encuadra dentro del inentendible diseño asumido en el Título VIII del DLOETV, pues en lugar de ello, su artículo 35 se limita a señalar que los afectados por las medidas administrativas podrán ejercer oposición ante el Juez Contencioso Administrativo competente, siguiendo un supuesto pero inexistente trámite de oposición previsto en la LECUPS, la cual -se insiste- no contempla trámite de oposición a medidas previstas, sino a la procedencia de la acción judicial expropiatoria ejercida por el ente expropiante.

Pero aun asumiendo que ese trámite de oposición, previsto en los artículo 29 y 30 de la LECUPS para sustanciar la que ejerce el afectado frente a la demanda judicial expropiatoria, se aplicara simplemente a los fines adjetivos o procedimentales para sustanciar la que ejerza el afectado frente a las medidas administrativas previstas en el DLOETV, referidas a los bienes susceptibles de ser utilizados para la ejecución de la obra (*ocupación previa / ocupación de urgencia*), haciendo incluso a un lado lo concerniente a las dificultades asociadas el ejercicio autónomo de una oposición en sede judicial y por vía principal (no como medio de reacción o impugnación frente

a una decisión previa), tendríamos que la sentencia que se dicte en el proceso correspondiente estaría llamada a resolver únicamente la procedencia o no de la oposición, y por tanto, la permanencia o no de la medida de ocupación frente a la cual haya sido ejercida, no la procedencia o no de la expropiación del bien de que se trate.

En consecuencia, ya sea por total ausencia de previsión alguna al respecto, tanto en el propio Título VIII como a lo largo de todo el DLOETV; ya sea por la imposibilidad lógica y racional de dar a las únicas disposiciones que dicho texto contiene al respecto alguna interpretación lógica e integradora que arroje un resultado coherente; ya sea por vía de la desaplicación por control difuso de constitucionalidad de esas disposiciones, dada su evidente contrariedad con las más elementales exigencias derivadas del respeto al derecho fundamental a la defensa y al debido proceso, así como a la garantía expropiatoria, previstas en los artículos 49 y 115 de la Constitución; todo apunta a que la única solución posible en cuanto a este específico punto del procedimiento expropiatorio a seguir, en el marco del DLOETV, es la de la aplicar el procedimiento expropiatorio general u ordinario previsto en la LECUPS.

c. La imposición sobrevenida de un método de valoración para el cálculo de la indemnización, absolutamente violatorio de la garantía expropiatoria

Finalmente, una de las contravenciones más palmarias y radicales de las cuales padece este régimen jurídico especial de privación coactiva de la propiedad previsto en el DLOETV y en otros instrumentos complementarios, es sin duda la que tiene que ver con la fijación de los parámetros que deben tomarse en consideración a los fines de calcular el monto de la indemnización que debe pagarse al propietario afectado.

En efecto, ya se ha dicho que uno de los elementos cruciales de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 de la

Constitución, viene dado por la exigencia de que al expropiado se pague una justa indemnización.

Pues bien, de conformidad con la interpretación que tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se ha vendido dando en cuanto al alcance de esta expresión,⁴⁰ la garantía expropiatoria en este específico ámbito exige que la indemnización sea integral; vale decir, que “*debe cubrir exactamente el daño que se irroga al expropiado, sin que este se empobrezca ni enriquezca*,”⁴¹ manteniendo “*un equilibrio económico entre el perjuicio que puede ocasionarle la expropiación y la indemnización que se le debe otorgar*,”⁴² pues la asunción de esta integralidad de la indemnización expropiatoria, en el marco del principio general de integralidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reconocido constitucionalmente en el artículo 140 del Texto Fundamental, exige “*que la misma sea concebida como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño y no como una garantía en favor*

40 Son muchos los trabajos que se encuentran en la doctrina venezolana dedicados al estudio de la expropiación con carácter general. Solo por mencionar algunos de los que se han dedicado específicamente al análisis de la indemnización expropiatoria, cabe hacer mención, entre muchos otros, a LAGRANGE, Henrique: “Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria,” en: *Revista de Derecho Público* N° 23, Caracas, 1985; Bermúdez, Diógenes: “La justa indemnización en la actividad expropiatoria,” en: *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas* N° 106, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998; GARCÍA, Nelson: “Comentarios sobre criterios de valoración expropiatoria,” en: *Revista de Derecho Público* N° 1, Caracas, 1980; HENRÍQUEZ MAIÓNICA, Giancarlo: “La indemnización expropiatoria en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana,” en: *Revista de Derecho Público* N° 105, Caracas, 2006. Ver más recientemente los trabajos generales de CANOVA, Antonio, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ANZOLA SPADARO, Karina: ¿Expropiaciones o vías de hecho?, FUNEDA-UCAB, Caracas, 2013; SILVA, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo: *La expropiación en Venezuela*, UCAB, Caracas, 2011; HERNÁNDEZ GONÁLEZ, José Ignacio: *La Expropiación el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014.

41 Cfr. Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 24 de febrero de 1965.

42 Ver Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 30 de julio de 1990.

de los entes públicos, cuya interpretación debe formularse en términos amplios y progresistas a favor del administrado,”⁴³ de manera que “para que la indemnización sea justa se requiere que ella constituya la más exacta y completa reparación del perjuicio inmediata y directamente experimentado por el propietario a consecuencia de la expropiación, en el momento en que el bien expropiado pase del patrimonio de éste al del expropiante.”⁴⁴

De ahí que la tradición legislativa en esta materia haya venido exigiendo, como lo hace actualmente el artículo 36 de la LECUPS al consagrar el régimen jurídico general, que la indemnización expropiatoria debe representar *“el valor que corresponda al bien expropiado,”* siendo necesario precisar, como lo hizo ya desde 1943 la Alta Corte Federal y de Casación,⁴⁵ que la indemnización expropiatoria no equivale simplemente al precio o valor del bien expropiado, sino que incluye cualquier otra afectación o lesión patrimonial que sufra el propietario como consecuencia directa y específica de la privación coactiva de la propiedad de la cual está siendo objeto, como lo revela el mismo contenido del propio artículo 36 ya citado, en el cual se ordena especificar en el avalúo la *“probable producción”* del bien o derecho que se trate de expropiar,⁴⁶ así como otros preceptos de la propia Ley general (LECUPS), donde se ordena indemnizar al propietario del inmueble expropiado en el cual exista un establecimiento industrial, comercial, mercantil o fondo de comercio, por los daños causados con motivo del cese de actividades y el traslado para su reinstalación en la nueva sede,

43 Cfr. Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de octubre de 2008.

44 Ver: Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 1980.

45 Ver Sentencia dictada el 12 de julio de 1943 por la Alta Corte Federal y de Casación, criterio este reiterado en posteriores decisiones, como la dictada por la Sala Político Administrativa el 24 de enero de 1966, así como por la dictada por esa misma Sala el 9 de diciembre de 1980.

46 Ver en tal sentido, entre otras, las Sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 20 de abril de 1982, el 17 de noviembre de 1983 y el 14 de agosto de 1991.

derivados de la expropiación (artículo 39),⁴⁷ así como que se indemnice debidamente a los propietarios a los cuales se les prive de una utilidad debidamente comprobada, a los que resultaren gravados con una servidumbre o sufran un daño permanente que se derive de la pérdida o de la disminución de sus derechos (artículo 41).

Pues bien, teniendo en cuenta el tratamiento general que recibe la indemnización expropiatoria en los términos expuestos, lo primero que cabe destacar, por lo que respecta al propio texto del DLOETV, es que ninguna de sus disposiciones contempla criterio, mecanismo o procedimiento alguno encargado de regular lo concerniente a la fijación de la indemnización que corresponde a los afectados por privaciones coactivas de la propiedad que ostentan sobre inmuebles que sean requeridos a los fines de ejecutar proyectos habitacionales en el marco del programa, salvo por lo que respecta a su artículo 34, el cual simplemente se limita a señalar que la *tasa* a ser utilizada a los fines de la determinación del *justiprecio* previsto en los artículos 27 y 28 del propio DLOETV, será establecida en “*la normativa que se derive de su publicación.*”

Y tal como ha sido indicado en anterior sección de este mismo estudio, fue precisamente atendiendo al contenido de esas disposiciones que se promulgó el Decreto N° 9.050 con rango, valor y fuerza de LEY PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE BIENES INMUEBLES EN LOS CASOS DE EXPROPIACIONES DE EMER-

47 Cabe precisar que a esos fines, el artículo 40 de la propia LECUPS ordena que se tome en consideración: a) los gastos por concepto de desinstalación, transporte y reinstalación de materiales y equipos a la nueva sede; b) la declaración de Impuesto sobre la Renta, que demuestre la utilidad neta declarada de los tres (3) últimos ejercicios fiscales anteriores, contados desde el momento de elaboración del informe de avalúo, y c) cualesquiera otros gastos debidamente comprobados, que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, requiriendo además esta misma norma que los peritos razonen suficientemente la determinación del tiempo máximo necesario para la reinstalación y puesta en funcionamiento del establecimiento industrial, comercial, mercantil o fondo de comercio, en iguales condiciones para la fecha de la expropiación.

GENCIA CON FINES DE POBLAMIENTO Y HABITABILIDAD, en el cual se estableció (artículo 2) que el justiprecio del inmueble se determinará utilizando como base de cálculo el *“último valor de compra indicado en el respectivo documento de propiedad debidamente protocolizado”*,⁴⁸ actualizado mediante la aplicación de un factor de corrección, conformado por el promedio aritmético simple de las siguientes magnitudes, publicadas por el BANCO CENTRAL DE VENEZUELA (artículo 3):

- a) La variación del índice nacional de precios al consumidor (INPC);
- b) La tasa de interés pasiva nominal de los depósitos a plazo superiores a noventa (90) días capitalizable mensual, y;
- c) La tasa de interés activa nominal promedio ponderada, prohibiendo expresamente considerar a esos fines *“el precio de mercado o el valor de mercado”*.

Casi sobra decir que el diseño o la confección del factor de cálculo o de actualización del costo de adquisición de inmuebles contemplado en el Decreto Ley en referencia, como método para determinar el valor de la indemnización expropiatoria, al ser puesto en aplicación en el marco de una realidad con unas características como las que han venido imperando en Venezuela en materia económica, especialmente en los últimos 15 años, revela un defecto que produce una **notable afectación a la baja** del valor de los inmuebles, alejando por mucho a los valores que se obtienen con su aplicación de la noción

48 El artículo 2 de este instrumento precisa que *“En el supuesto que el documento protocolizado de compra-venta del inmueble, tenga data inferior a un (1) año para el momento del inicio del procedimiento de expropiación de emergencia, se considerará como base de cálculo, la penúltima transacción registrada”*, así como que *“En caso que el documento de propiedad no exprese el valor del inmueble, por tratarse de donación, herencia, cesión de derechos, sentencia judicial, u otra causa, se tomará como valor referencial y fecha para el cálculo del justiprecio, lo expresado en el último documento”*.

de justa indemnización, en los términos expuestos al inicio de esta sección.

Ciertamente, aunque el uso como primera magnitud de la variación del índice de precios al consumidor (INPC) publicado por el BCV, pareciera constituir una referencia destinada a actualizar el valor del inmueble, dejando a un lado que la última publicación oficial de ese índice corresponde al mes de Diciembre del año 2015 y alcanzó una cifra de inflación de 3 dígitos, sucede que el uso de las otras 2 magnitudes previstas a esos fines, formando parte de un simple promedio aritmético, fijadas como han sido histórica y compulsivamente en términos reales negativos por el BCV, terminan neutralizando e incluso aniquilando cualquier función correctora que pueda haber tenido las aplicaciones a esos fines del INPC.

De hecho, la experiencia empírica obtenida desde la aplicación del método previsto en dicho Decreto Ley por parte del INSTITUTO NACIONAL DE TIERRAS URBANAS (INTU), acredita que, en la inmensa mayoría de los casos, los valores que arroja la aplicación del método establecido en el citado Decreto Ley, terminan representando hasta un tercio ($1/3$) del valor obtenido en el marco de un avalúo expropiatorio general, practicado en el ámbito de aplicación de la LECUPS.

Ahora bien, justo en este punto conviene precisar que a lo largo de la evolución legislativa venezolana en materia expropiatoria, el establecimiento de criterios específicos a ser tenidos en cuenta a los fines del cálculo de la indemnización, como los que establece actualmente con carácter general la LECUPS, tanto para el caso de expropiación de bienes inmuebles (artículo 36) como para la expropiación de muebles (artículo 38), ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de considerar que, si bien se trata de elementos que deben tenerse en cuenta obligatoriamente a los fines del avalúo, debiendo justificar los peritos las razones por las cuales no hayan podido atender a los mismos (en caso que así sea), no son los únicos criterios a

los cuales debe atenderse a esos fines,⁴⁹ dándose cabida precisamente a que los peritos, en los términos del propio artículo 36 de la LECUPS, puedan atender a *“otras circunstancias que influyan en las operaciones y cálculos que se hayan hecho para fijar su justo valor,”* ya que *“el justiprecio deberá representar el valor equivalente que corresponda al bien expropiado.”*

Sin embargo, este es uno de los puntos en los cuales el INTU simplemente se ciñe a la ciega e inexorable aplicación de los únicos criterios dispuestos como parte del método de valoración contemplado en el citado Decreto Ley N° 9.050, afectando substancialmente, casi huelga decirlo, la garantía expropiatoria de los afectados, en lo atinente al derecho que les asiste a obtener una verdadera y justa indemnización.

B. Algunas de las más notables contravenciones que revela la actuación administrativa en este ámbito, en abierta violación incluso al régimen jurídico establecido en el propio DLOETV

A lo largo de la sección inmediata anterior de este estudio, se ha dado cuenta de las incongruencias y vicios que revela el tratamiento dado por el DLOETV a un tema sencillamente vital, como lo es el del régimen jurídico encargado de regular los requisitos y procedimientos aplicables a los fines de la privación coactiva de la propiedad de inmuebles o terrenos requeridos para ser destinados al desarrollo en ellos de proyectos habitacionales en el marco de este programa.

Pero además de las perversidades propias del diseño adoptado en ese régimen jurídico de afectación y privación coactiva de la propiedad, sucede que en la inmensa mayoría de los casos, los distintos órganos y entes encargados del ejercicio del Poder Público, que han venido invocando como pretendido

49 Ver en tal sentido, entre otras, las Sentencias dictadas por la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 17 de noviembre de 1981 y el 30 de julio de 1992.

fundamento de sus actuaciones las disposiciones del citado DLOETV, han terminado en realidad ejecutando meras acciones materiales, constitutivas de vulgares *vías de hecho*, cuya ejecutoria no ha tomado en cuenta ni siquiera las ya absurdas e incongruentes exigencias establecidas en el propio texto de ese mismo DLOETV, y por supuesto, tampoco ha cumplido con las más elementales exigencias impuestas por el debido respeto al derecho a la defensa, al debido proceso, al juez natural y a la garantía expropiatoria.

Esto ha determinado que en la inmensa mayoría de los proyectos habitacionales ejecutados en terrenos o inmuebles de propiedad privada, su construcción se haya llevado a cabo sobre la base de una mera pero arbitraria desposesión de quienes aún siguen siendo propietarios de los mismos, pues no se ha proferido fallo alguno que no sólo haya declarado procedente la expropiación en la inmensa mayoría de estos casos, sino que además haya sido fruto de un proceso en el cual se haya cumplido con las exigencias impuestas tanto por el artículo 49 de la Constitución como por el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

Obviamente, son varios los supuestos de inobservancia o violación a las disposiciones del propio DLOETV que revela la actuación de los distintos órganos y entes que han desarrollado actuaciones de afectación coactiva de la propiedad privada, invocando dicho instrumento como pretendido fundamento.

En un esfuerzo por tratar de clasificar los principales supuestos de contravención que han venido ocurriendo con más frecuencia, cabe identificar los siguientes:

a. Afectación sin Decreto AVIVIR o de inmuebles ubicados fuera de su alcance

Lo primero que debe ponerse de manifiesto en cuanto a estas irregularidades o contravenciones es que, en muy buena

parte de los casos, las ocupaciones materiales de terrenos e inmuebles privados para la ejecución de proyectos habitacionales en el marco de este programa, se ha llevado a cabo sin que ni siquiera se haya cumplido con el primer requisito contemplado a esos fines en el propio DLOETV; vale decir, sin que se haya dictado un Decreto declarando como ÁREA VITAL PARA VIVIENDAS Y RESIDENCIAS (AVIVIR), el espacio físico en el cual se encuentra ubicado el terreno o inmueble afectado.

Ahora bien, en otra parte substancial de los casos, a pesar de haberse dictado un Decreto en tal sentido (AVIVIR), resulta ostensiblemente claro que el inmueble o terreno afectado se encuentra ubicado fuera del espacio físico comprendido dentro de la correspondiente poligonal conformada por la unión de los puntos cuyas coordenadas han sido identificadas en el Decreto correspondiente, y aun así se prosigue con la ocupación y toma coactiva y arbitraria del inmueble o terreno, haciendo caso omiso a las observaciones hechas valer por el propietario u ocupante en tal sentido.

b. Omisión absoluta del procedimiento declarativo de ociosidad

Pero quizás la contravención más común y muy probablemente la más cometida en la casi totalidad de los casos de afectación de inmuebles privados en el ámbito de este programa, consiste en no haberse iniciado y sustanciado debidamente en ninguno de ellos el procedimiento previsto en la LEY DE TIERRAS URBANAS (LTU), para declarar formalmente que el inmueble o terreno a ser objeto de ocupación en el ámbito del DLOETV, se encuentra ocioso, subutilizado o con un uso inadecuado a los fines del poblamiento.

Ciertamente, como ya tuvimos ocasión de explicar en anterior sección de este mismo estudio, una vez declarada formalmente y mediante Decreto un área determinada como

área AVIVIR, el segundo requisito previsto expresamente en el DLOETV para poder acordar medidas de afectación coactiva de la propiedad privada a los fines de este especial programa, es que el terreno o inmueble sobre el cual se estima decretar cualquiera de las medidas de ocupación previstas en dicho instrumento, haya sido declarado formalmente como ocioso, subutilizado o con un uso inadecuado a los fines del poblamiento, lo cual implica que el INSTITUTO DE TIERRAS URBANAS (INTU) inicie, sustancie y decida el procedimiento administrativo diseñado a esos fines en la LTU, dándole oportunidad al titular del bien de alegar y probar lo que considere procedente a los fines de desvirtuar la alegación de ociosidad formulada por la Administración.

Sin embargo, sucede que tanto en casos en los cuales se configura alguna de las 2 irregularidades ya descritas en el punto inmediato anterior de esta sección (ausencia de Decreto AVIVIR o emisión de un Decreto que no comprende en dicha área al inmueble afectado), como en aquellos otros en los cuales si existe un Decreto AVIVIR, que comprende efectivamente dentro de su ámbito espacial de aplicación la ubicación del terreno o inmueble del cual se trate, es altamente probable que no exista un solo caso, a lo largo de la historia de este programa social, en el cual se haya iniciado, sustanciado y culminado debidamente ante el INTU el procedimiento previsto en la LTU para declarar formalmente que el inmueble o terreno potencialmente afectado de ocupación, se encuentra en la única situación en la cual, de cara al tenor literal del propio DLOETV, procede acordar las medidas previstas en su texto.

Dicho de otro modo, parece que el entendimiento general pero absolutamente distorsionado del sector público en esta materia, ha venido siendo que basta con que un determinado inmueble o terreno haya quedado comprendido dentro de un área declarada formalmente y mediante el correspondiente Decreto como AVIVIR, para que el mismo pueda ser ocupado a los fines de ejecutar en él proyectos habitacionales en el marco

de este programa, sin necesidad de cumplir con ninguna otra formalidad que preceda a la ejecución material de las actuaciones mismas destinadas a hacer realidad esa ocupación.

c. Ocupaciones practicadas por autoridades incompetentes y sin acto formal

Otra de las contravenciones más comunes o características que ha puesto en evidencia la actuación administrativa en el marco de este programa, consiste en la radical y manifiesta incompetencia de la mayoría de los órganos y entes del Poder Público que han desarrollado acciones materiales de ocupación de inmuebles y terrenos con pretendido apoyo en las disposiciones del DLOETV.

Ciertamente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 11 y 25 de dicho instrumento, tanto la emisión formal de las Resoluciones mediante las cuales se acuerde el decreto de algunas de las medidas de ocupación previstas en el propio DLOETV, como la ejecución material de las mismas, se encuentra atribuida directa y expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, una inmensa mayoría de las ocupaciones a nivel nacional, llevadas a cabo en pretendida aplicación de este instrumento, han sido ejecutadas materialmente por autoridades estatales y municipales, así como por otros entes descentralizados, sin que el Ejecutivo Nacional haya emitido formalmente los actos que con arreglo a lo dispuesto en el propio artículo 11 del mismo DLOETV, en concordancia con lo establecido en la LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LOAP),⁵⁰ le hubieren atribuido debidamente competencia a esos fines.

Un ejemplo paradigmático de este fenómeno ha sido la actuación desarrollada por la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO LIBERTADOR, conjuntamente con la FUNDACIÓN CARACAS (FUNDACARA-

50 Cuya última modificación ha sido publicada en la Gaceta Oficial N° 6.147, Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

CAS), en el marco del denominado PLAN CATIA, la cual ha estado caracterizada por la toma coactiva y arbitraria de inmuebles y terrenos privados, por la vía de los hechos, sin contar con los actos jurídico formales en los cuales se haya concretado debidamente el correspondiente mecanismo de modificación de la competencia desde el Ejecutivo Nacional, con arreglo a lo dispuesto en la LOAP y en el propio artículo 11 del DLOETV.

Pero más aún: sucede que en la inmensa mayoría de los casos, siendo esto palmario en los que han sido manejados por las ya referidas autoridades municipales, la ocupación de inmuebles o terrenos se ha concretado de manera meramente empírica, no sólo omitiendo por completo el previo e indispensable inicio, sustanciación y decisión del debido procedimiento administrativo de ociosidad ante el INTU, con arreglo a las disposiciones del propio DLOETV y de la LTU, sino además sin que se haya emitido ningún acto jurídico formal y motivado que acuerde el decreto de las medidas de ocupación previstas en el mismo DLOETV, configurando así esas actuaciones abiertas y vulgares vías de hecho.

d. Omisión de estudios, de exploración del arreglo amigable y de la emisión del correspondiente Decreto de expropiación, así como de la sustanciación del procedimiento en cuyo cauce se emita el fallo traslativo de propiedad

Finalmente, lo más curioso que revela la actuación administrativa en este ámbito, también en la inmensa mayoría de los casos, es que una vez ejecutada materialmente y por la vía de los hechos la ocupación del inmueble o terreno del cual se trate, lejos de cumplir con los distintos pasos previstos en el Derecho positivo vigente hasta alcanzar la emisión de esa decisión judicial exigida por el artículo 115 de la Constitución, a los fines de concretar la privación coactiva de la propiedad, los órganos y entes actuantes pasan directamente y sin ninguna otra consideración, a ejecutar igualmente por la vía

de los hechos y materialmente, la construcción de la obra en el terreno o inmueble afectado.

Es decir, en la inmensa mayoría de los casos, luego de la ejecución material de la ocupación, no se realizan los estudios destinados a determinar la idoneidad de dicho inmueble o terreno a los fines de la ejecución de la obra; tampoco se explora la posibilidad de llegar a un arreglo amigable con el propietario; mucho menos se procede posteriormente a emitir un Decreto de expropiación y a sustanciar, en ausencia de previsiones razonables al respecto en el propio DOLETV (como hemos explicado ya en anterior sección de este mismo estudio), el proceso expropiatorio general previsto en la LECUPS.

Simplemente se ejecuta materialmente la ocupación del terreno o inmueble de que se trate y se procede de inmediato y directamente a la construcción del proyecto habitacional correspondiente, sin reparar en la ineludible necesidad de cumplir con todos y cada uno de los pasos dispuestos por el ordenamiento a los fines de alcanzar la emisión de esa sentencia firme y el pago oportuno de esa justa indemnización a los cuales alude el artículo 115 de la Constitución, como único medio de lograr que el Estado adquiriera finalmente y de manera coactiva la titularidad del derecho de propiedad del terreno o inmueble sobre el cual se ha construido la obra, lo cual resulta sencillamente indispensable para que pueda atribuirse posteriormente a los beneficiarios o adjudicatarios de unidades habitacionales, la plena propiedad sobre las mismas.

e. Dos casos altamente reveladores de la comisión de estas arbitrariedades y de la infructuosidad de las acciones judiciales ejercidas a esos fines

Con el fin de poner aún más claramente en evidencia la efectiva comisión de este tipo de contravenciones o irregularidades, haremos referencia en este punto a dos casos muy notables, altamente reveladores de las arbitrariedades a las cuales

se ha venido haciendo referencia a lo largo de esta sección del presente estudio.

a'. La actuación administrativa en el marco del Plan Catia

Desde comienzos del año 2012, funcionarios de Fundacaracas y de la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO LIBERTADOR, actuando con pretendido fundamento en lo dispuesto por el DLOETV, comenzaron a ejecutar una serie de actuaciones dirigidas a tomar posesión real y física de varios inmuebles en el área de Los Flores de Catia, alegando la necesidad de hacer en ellos estudios de suelo con la finalidad de determinar la aptitud o no de los mismos para la construcción de viviendas.

Sin embargo, ninguno de los funcionarios actuantes exhibió formalmente a ninguno de los vecinos afectados el haber sido expresamente habilitados por el Ejecutivo Nacional para la realización de tales actuaciones, mediante la adopción de los mecanismos de modificación de la competencia correspondientes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del propio DLOETV, en concordancia con la LOAP. Tampoco se exhibió o notificó el haberse dictado algún acto jurídico formal, mediante el cual se hubiera adoptado alguna medida de ocupación de las previstas en el DLOETV, con el fin de poder ingresar en inmuebles de propiedad privada con miras a realizar los estudios anunciados.

En efecto, según los vecinos afectados, simple y llanamente se les comunicó de manera verbal que los inmuebles que ellos venían ocupando y destinando al desarrollo de actividades comerciales e industriales o a servirles de vivienda permanente, serían expropiados para ser utilizados en el desarrollo del PLAN CATIA,⁵¹ el cual fue definido -igualmente en

51 Con carácter general, sobre el denominado Plan Catia, cabe remitir a la información publicada en: http://www.fundacaracas.gob.ve/?module=pages&op=displaypage&page_id=45&format=html

forma verbal- como un proyecto de reurbanización del área que incluye, además de planes de vivienda, la recuperación del casco central, el desarrollo de actividades socio productivas y el rescate de los sitios públicos, las vías y la infraestructura.

Ante esta situación, tanto los comerciantes como vecinos del Sector Los Flores de Catia, afectados por estas actuaciones, las rechazaron de manera enérgica, insistiendo en que los inmuebles que pretendían ser ocupados por FUNDACARACAS y la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO LIBERTADOR, no se encontraban ociosos o subutilizados, sino que estaban siendo dedicados al comercio o a la vivienda permanente e ininterrumpida de los habitantes de la zona, calificando como una auténtica arbitrariedad que los funcionarios de ambas dependencias, sin notificación alguna de ningún acto jurídico formal que les sirviera de fundamento, les anunciaran que únicamente contaban con un lapso de tres (3) días para desalojar los inmuebles que venían ocupando.

Como protesta frente a la aludida situación, los vecinos del sector, actuando conjuntamente con los comerciantes y trabajadores afectados, realizaron diferentes manifestaciones en las calles de la zona, de las cuales dieron cuenta distintos medios de comunicación social,⁵² mereciendo destacarse que a tal punto llegó el nivel de las manifestaciones de rechazo frente a estas acciones que en la noche del 31 de enero de 2012, el CANCELLER DE LA REPÚBLICA y el MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA DEFENSA tuvieron que hacerse presentes en Los Flores de Catia, para sostener una reunión con los vecinos, pero sin lograr resultados positivos.

Ya el 27 de enero de 2012 se había presentado en uno de los inmuebles afectados un grupo de personas que manifestaron ser trabajadores de una empresa contratista de FUNDACARACAS, indicando que durante el transcurso de la mañana se harían

52 Ver en tal sentido y entre muchas otras, la reseña que de esas manifestaciones hizo el diario EL UNIVERSAL, EN SU EDICIÓN DEL DÍA 30 DE ENERO DE 2012.

presentes en la locación funcionarios adscritos a la SINDICATURA MUNICIPAL DE LA ALCALDÍA DEL MUNICIPIO LIBERTADOR, quienes les autorizarían para ingresar a esas instalaciones a los fines de iniciar trabajos de demolición de galpones y adecuación del terreno para la ejecución de proyectos habitacionales.

La propietaria del inmueble les inquirió a los funcionarios la exhibición de algún acto o documento oficial que les sirviera de fundamento a la actuación anunciada por ellos, sin obtener ningún tipo de respuesta, ni la exhibición de documento o decisión formal en tal sentido, y pese a que los funcionarios adscritos a la SINDICATURA MUNICIPAL no se presentaron ese mismo día, quedaron apostados en las inmediaciones de los galpones varios efectivos de la policía de dicha entidad local, quienes manifestaron que –por órdenes superiores– estaba prohibido el ingreso y egreso de cualquier bien o persona al inmueble.

Esa misma situación se reiteró el día 30 de enero de 2012, solo que, en esa ocasión, a solicitud de la propietaria del inmueble, una Notaría Pública dejó constancia de lo sucedido por vía de una inspección ocular, practicada con fundamento en lo dispuesto por el artículo 75 de la LEY DE REGISTRO PÚBLICO Y DEL NOTARIADO. Seguidamente, el día 13 de febrero de 2012 funcionarios de FUNDACARACAS, conjuntamente con efectivos de POLICARACAS, pretendieron ingresar en el inmueble forzosamente, sólo que ante la imposibilidad material de hacerlo y el rechazo de la propietaria y de los inquilinos que ocupaban dicho inmueble, debido a la ausencia de exhibición de documento alguno que sustentara su actuación, se limitaron a estampar una comunicación en las puertas del local, fijándola con cinta adhesiva, en la cual la Presidente de FUNDACARACAS simplemente señaló que la empresa contratista quedaba autorizada a realizar estudios de suelo sobre el inmueble en referencia.

Finalmente, el 16 de febrero de 2012 empleados de FUNDACARACAS y de la empresa contratada por ésta, así como funcio-

narios adscritos a la SINDICATURA MUNICIPAL DE LA ALCALDÍA DEL MUNICIPIO LIBERTADOR y a POLICARACAS, se presentaron en el inmueble con el propósito de ejecutar una supuesta medida de ocupación emanada de la mencionada Alcaldía y destinada a tomar posesión real y física de dicho inmueble, con el fin de hacer los estudios necesarios para la construcción de viviendas multifamiliares, esgrimiendo como pretendido fundamento de esa actuación y de la supuesta medida de ocupación temporal en referencia, lo dispuesto en el DLOETV.

Ante esa situación, la propietaria le explicó a los funcionarios actuantes que no se había cumplido con ninguno de los requisitos exigidos por el DLOETV para que pudiera procederse a la ocupación del inmueble, pues no se había dictado ningún Decreto por parte del Ejecutivo Nacional, declarando como área AVIVIR la zona en la cual se encuentra ubicado el inmueble, ni se habían seguido los procedimientos y las formalidades establecidos no sólo en el propio DLOETV, sino también en la LTU para determinar si dicho inmueble podía ser considerado como ocioso, subutilizado o con un uso inadecuado a los fines del poblamiento, lo cual es un requisito indispensable para poder dictar medidas de afectación de la propiedad, advirtiéndoles que de proceder a ejecutar cualquier tipo de actuación material sobre el inmueble, sin cumplir con los procedimiento y requisitos exigidos legalmente a tal efecto, estarían incurriendo en una abierta y arbitraria VÍA DE HECHO.

Sin embargo, pese a estos señalamientos y advertencias, los funcionarios irrumpieron por la fuerza en las instalaciones, violentando la cerradura del inmueble y autorizando el ingreso de personas identificadas como empleados de una contratista de la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO LIBERTADOR, solo que para el asombro de los presentes, lejos de limitarse esas personas a practicar las actuaciones dirigidas a realizar los estudios de suelo que habían anunciado eran el motivo de su visita, comenzaron a dismantelar y demoler buena parte de las paredes inter-

nas de la edificación, derribando parte de la infraestructura y del techo de los galpones, como se hizo constar en una nueva Inspección Ocular practicada ese mismo días por una Notaría Pública a solicitud de la propietaria.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 de la LECUPS, *“Todo propietario a quien se prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan, a fin de que se le mantenga en el uso, goce y disfrute de su propiedad, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal”*, por lo que atendiendo al tenor literal de esta disposición, la propietaria ejerció la correspondiente acción posesoria (interdicto restitutorio de la posesión) por ante la jurisdicción civil ordinaria, y luego de una decisión declinatoria de la competencia para el conocimiento de dicha acción,⁵³ el JUZGADO SUPERIOR TERCERO EN LO CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA REGIÓN CAPITAL, mediante sentencia dictada el 23 de mayo de 2012, declaró, increíble e insólitamente lo siguiente:

“...Hechas las consideraciones que anteceden se pasa a revisar si la presente causa no se encuentra inmersa en alguna de las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es del tenor siguiente:

‘Artículo 35: la demanda se declarará inadmisble en los supuestos siguientes:

(...omissis...)

7- Cuando sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa en la Ley.’

53 Ver en tal sentido, Sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 30 de marzo de 2012, en el Expediente N° AP-11-V-2012-000214.

Especial relevancia cobra el numeral 7, de la norma transcrita por cuanto obliga a esta Juzgadora a verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de toda querella interdictal, contenido en el artículo 783 del Código Civil.

(...omissis...)

En efecto el artículo 783, del Código Civil, establece

‘Artículo 783- Quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble puede, dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, aunque fuere el propietario, que se le restituya en la posesión’.

Del contenido de la norma trascrita se desprende que los requisitos de admisibilidad de la querella interdictal son: i) Que exista posesión, sea ésta de cualquier naturaleza; ii) Que se haya producido el despojo: y, iii) Que la acción se intente dentro del año siguiente al despojo, razón por la que el juzgador deberá verificar in limini litis que el accionante sea poseedor de la cosa mueble o inmueble; que haya ocurrido efectivamente el despojo en el ejercicio de la posesión; que presente pruebas que evidencien la ocurrencia del despojo.

(...omissis...)

En relación con el segundo de los requisitos de admisibilidad esta juzgadora estima pertinente señalar que el despojo debe ser entendido como el apoderamiento, violento o no, que una persona hace por sí sola, sin autorización de los tribunales o del Poder Público, de cosa o derecho de otra persona.

Así, cuando en caso contrario la privación de la cosa se produzca por la autoridad competente y siguiendo los procedimientos previsto (sic) para ello, no podrá considerarse despojo propiamente, aun se haga violentamente y se le dé tal nombre, de allí que el despojo puede ser justo o injusto, según que asista o no al despojante fundamento jurídico para el apoderamiento de la cosa; pero debiendo a efectos de la configuración del despojo ser siempre es ilegal, lo que caracteriza a este último es el hecho de tomar uno, por su propia autoridad, la cosa de la que otro esté en posesión, de allí que, el despojo es el fruto del acto arbitrario y como tal ilícito del mismo interesado que procede por su propia autoridad (Énfasis añadido)".⁵⁴

De cara al tenor literal de esta decisión, no se puede dejar de llamar la atención en cuanto al peso o relevancia que se pretende dar en ella a la circunstancia de que la desposesión frente a la cual se ejerce el interdicto, haya sido practicada por algún ente u órgano que tenga a su cargo el ejercicio del Poder Público, así como sobre lo trascendente que ello resulta a los fines de no poder ser reputada esa desposesión como arbitraria, ni ser considerada despojo propiamente, aun cuando se haga violentamente y se le de tal nombre, pues pese a que el propio fallo formula dos (2) condiciones a esos fines: que la privación de la cosa sea ejecutada por la autoridad competente y que lo haga siguiendo los procedimientos previstos para ello, y pese a que lo que se alegó y probó fue, precisamente, que ninguno de esos dos extremos se cumplió en dicho caso, el Tribunal declaró inadmisibile la acción.

54 Cabe destacar que mediante Sentencia dictada el 27 de junio de 2012, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sin mayores consideraciones o análisis adicionales y limitándose prácticamente a reiterar, transcribir y manifestar su conformidad con lo expuesto por el Juzgado Superior en el fallo citado, declaró sin lugar la apelación ejercida por la propietaria, confirmando (insólitamente) tan igualmente insólita decisión.

Vale decir, a pesar que esa desposesión fue llevada a cabo sin cumplir con ninguno de los requisitos, procedimientos y formalidades establecidos en el mismo DLOETV, invocado por las autoridades municipales como pretendido e inexistente fundamento de su actuación, tanto en este como en muchos otros casos similares, el Poder Judicial ha venido negándose sistemáticamente a cumplir su deber de brindar protección frente a privaciones o despojos indiscutiblemente arbitrarios, ejecutados por órganos y entes encargados del ejercicio del Poder Público que no sólo carecen naturalmente de competencia para ello (ya hemos dicho que los artículo 11 y 25 del propio DLOETV solo atribuyen competencia para decretar y ejecutar esas medidas al Ejecutivo Nacional, no a la Administración Municipal), sino que adicionalmente han procedido omitiendo cumplir con los más elementales requisitos y procedimientos previstos en el propio régimen jurídico invocado falsamente por ellos mismos como pretendido fundamento de su actuación.⁵⁵

b'. El insólito caso del Metro de Caracas, actuando fuera del marco del DLOETV

El segundo caso que se ha escogido como referencia para acreditar la efectiva comisión de estas contravenciones e irregularidades, guarda relación con la actuación de una empresa estatal: la compañía anónima METRO DE CARACAS (CAMETRO), durante la ejecución de tareas que no sólo resultan del todo ajenas a aquellas para las cuales fue concebida su creación, sino que adicionalmente revelan una serie de tropelías y arbitrariedades verdaderamente paradigmáticas en materia de configuración de vías de hecho.

55 Téngase en cuenta que, con posterioridad a esta insólita decisión, la propietaria ejerció la correspondiente acción por vías de hecho, en los términos previstos en la LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, la cual se encuentra actualmente en fase de decisión.

En efecto, mediante documento autenticado el 28 de junio de 2001, una empresa propietaria de lotes de terreno ubicados en el centro de la ciudad de Caracas, dio en comodato a CAME-TRO inmuebles (terrenos) de su propiedad, con la finalidad de ser utilizados para depositar en ellos el material necesario para la construcción de la línea Cuatro del Metro de Caracas, así como para depositar también el material proveniente de las excavaciones del tanque subterráneo asociado al funcionamiento de la mencionada línea.

Cumplido como fue el objeto del comodato en referencia, los terrenos fueron arrendados a una sociedad mercantil contratista de la misma CAMETRO, con el fin de que pudiera seguirlos destinando al depósito de bienes muebles asociados a la realización de construcciones y para el depósito de materiales en el área.

Sin embargo, el 29 de noviembre de 2011 el Administrador General de la sociedad mercantil propietaria de los inmuebles, al hacer una visita al lugar, se sorprendió al observar la ejecución de actividades de construcción dentro de los terrenos en cuestión; concretamente, la construcción de dos edificios dentro de los terrenos propiedad de la empresa, así como el emplazamiento en ese sitio de maquinarias y otros bienes muebles de gran tamaño utilizados para la construcción, verificando entonces que los terrenos estaban siendo usados a esos fines ilegítimamente y sin consentimiento de la empresa propietaria, así como sin que hubiere sido notificada formalmente de ningún acto administrativo o decisión judicial que, cumpliendo todos los requisitos y formalidades establecidos en el Derecho positivo venezolano vigente en materia de medidas de afección a la propiedad privada, sustentara jurídicamente tal ocupación y la construcción desarrollada sobre dichos lotes de terreno.

El 20 de diciembre de 2011 un Juzgado de Municipio, a solicitud de la empresa propietaria, dejó constancia por vía de

inspección judicial de la presencia en el terreno de maquinaria destinada a la construcción, así como de la entrada y salida de camiones y vehículos y de la presencia de trabajadores dependientes de la sociedad mercantil contratista de CAMETRO, los cuales indicaron al Tribunal que en esa ocasión, estaban cumpliendo instrucciones de la referida sociedad estatal para la construcción de viviendas en dichos terrenos, dejándose expresa constancia igualmente de la ejecución de obras y del levantamiento de estructuras destinadas a edificios residenciales o de viviendas, aún en proceso de construcción.

Más aún, durante la práctica de esa inspección, se dejó constancia de la presencia del apoderado de CAMETRO, quien manifestó que la construcción de los edificios en los terrenos en referencia, estaba siendo ejecutada por dicha empresa estatal en el marco de la GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA, invocando a tal efecto el contenido del Decreto N° 8.320, dictado por el Ejecutivo Nacional y publicado en la Gaceta Oficial N° 39.708 del 7 de julio de 2011, mediante el cual, con fundamento en lo dispuesto por DLOETV, fueron creadas varias ÁREAS VITALES DE VIVIENDA Y DE RESIDENCIA (AVIVIR), una de las cuales comprende o abarca los terrenos propiedad de la empresa afectada, que estaban siendo objeto de ocupación y construcción por parte de CAMETRO.

De cara a esta afirmación, la empresa propietaria hizo constar que el hecho de haberse dictado un Decreto declarando un área determinada como AVIVIR, en los términos del DLOETV, no era suficiente por sí solo ni habilitaba en modo alguno a ningún órgano o ente del Estado para que, sin ningún otro trámite adicional y en franca violación al derecho fundamental de propiedad previsto en el artículo 115 de la Constitución, pudiera ocuparse materialmente un terreno en contra de la voluntad de su legítimo titular y construir en él obras destinadas a vivienda, sin seguir los trámites y requisitos previstos en ese mismo instrumento (DLOETV) en garantía del derecho de propiedad del titular del terreno.

Ante esta situación, la empresa afectada ejerció una acción judicial de protección frente a vías de hecho, con arreglo a lo dispuesto en la LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, alegando y probando debidamente lo siguiente:

- Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 (numeral 3) del DLOETV, corresponde al Ejecutivo Nacional dictar DECRETOS DE CREACIÓN DE ÁREAS VITALES DE VIVIENDAS Y RESIDENCIAS (AVIVIR), en las cuales el Estado procederá a reordenar integralmente la distribución y uso del espacio, sea éste urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de micro comunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades, precisando esa misma norma que en las zonas que hayan sido decretadas como áreas AVIVIR, el Estado no permitirá la existencia de inmuebles no residenciales o terrenos abandonados, ociosos, subutilizados o de uso inapropiado, que presenten condiciones y potencial para cumplir con el objetivo de esa Ley, a lo cual agrega esa misma disposición que la competencia para establecer las categorías mencionadas en ese mismo numeral, será exclusivamente del organismo debidamente calificado y con carácter nacional, que el Ejecutivo Nacional cree mediante Decreto;
- Que el artículo 5 del mismo DLOETV indica expresamente que se “declararán” (sic) de utilidad pública, interés social e importancia estratégica, los inmuebles no residenciales, así como los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos o subutilizados o sobre los cuales exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento para el buen vivir de la población, en las zonas que hayan sido decretadas formalmente como AVIVIR, a lo cual agrega el artículo 9 de ese mismo instrumento normativo (DLOETV), que las tierras públicas o privadas aptas para la construcción de viviendas que estén en esas condiciones (ociosas, abandonadas o subutili-

zadas, o sobre las que exista un uso inadecuado a los fines del Poblamiento) y que estén ubicadas en una zona decretada formalmente por el Ejecutivo Nacional como AVIVIR), quedan afectadas a la construcción de viviendas;

- Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y siguientes de la LEY DE TIERRAS URBANAS, la competencia para declarar una tierra urbana sin uso corresponde al órgano o ente del Ejecutivo Nacional con competencia técnica para la regularización de la tenencia de la tierra urbana, lo cual implica que previamente se inicie y se sustancie debidamente un procedimiento administrativo a tal efecto, notificando a los afectados de la apertura del procedimiento y permitiéndoles alegar y probar lo que a bien tengan en defensa de sus derechos e intereses, de manera que el procedimiento culmine con una decisión en la cual se declare como improcedente la calificación de la tierra como “sin uso”, o se considere que en efecto procede calificar como tal la tierra objeto del procedimiento en referencia, caso en el cual el Ejecutivo Nacional, a través del órgano o ente con competencia técnica en materia de regularización de la tierra, deberá iniciar los trámites necesarios para lograr la trasmisión de la propiedad.
- Que desde la fecha en la cual fue dictado el citado Decreto N° 8.320 (7 de julio de 2011), mediante el cual fueron creadas varias ÁREAS AVIVIR, una de las cuales comprende o abarca los terrenos que han sido objeto de ocupación y construcción por parte de CAMETRO, hasta la fecha en la cual se practicó la referida inspección judicial, la empresa no fue notificada formalmente de la apertura de ningún procedimiento administrativo destinado a determinar, con arreglo a lo dispuesto tanto en el DLOETV como en la LTU, si los lotes de terreno en cuestión eran o no susceptibles de ser calificados como “abandonados, ociosos, subutilizados o con un

uso inadecuado a los fines del poblamiento para el buen vivir de la población”;

- Que de haber sido notificada de la apertura de un procedimiento administrativo con tales fines, la empresa podría haber alegado y probado que los terrenos de su propiedad no se encontraban abandonados, ociosos, subutilizados o con uso inapropiado a los fines del poblamiento, pues esos terrenos habían sido dados en comodato por la empresa a la propia CAMETRO para depositar en ellos el material necesario para la construcción de la línea Cuatro del Metro de Caracas, así como para depositar también en ellos el material proveniente de las excavaciones del tanque subterráneo asociado al funcionamiento de la mencionada línea, agregando que posteriormente dichos lotes fueron arrendados a una sociedad mercantil contratista de la propia CAMETRO, para ser utilizados como depósito de bienes muebles y materiales de construcción, asociados a la realización de obras contratadas a dicha empresa por la misma CAMETRO, con lo cual, lejos de tratarse de bienes ociosos o subutilizados, se trataba de inmuebles destinados al desarrollo de actividades lícitas, generadores de empleos y de ingresos;
- Que en el supuesto negado en que, luego de la apertura, sustanciación y decisión del correspondiente procedimiento administrativo, se hubiera concluido que los terrenos en cuestión si se encontraban abandonados, ociosos, subutilizados o con uso inapropiado a los fines del poblamiento, lo procedente era que de conformidad con lo establecido en el propio DLOETV, se procediera a realizar los estudios técnicos destinados a determinar si esos terrenos presentaban condiciones y potencial para cumplir con el objeto del mencionado Decreto, sin que la empresa fuera notificada de la realización de ningún tipo de estudio en tal sentido;

- Que el artículo 31 de la DLOETV prevé que en aquellos casos en que los estudios técnicos determinen la factibilidad de uso de los bienes requeridos a los fines establecidos en dicha Ley, debió agotarse la vía de la negociación amigable para que la autoridad administrativa competente pudiera adquirir, a través de un mecanismo jurídicamente válido y civilizado, cónsono que el ineludible respeto que impone la Constitución al derecho de propiedad, los bienes inmuebles que requiere para poder ejecutar en ellos obras destinadas a la construcción de viviendas, sin que la empresa propietaria fuera citada o notificada para la realización de reuniones destinada a explorar negociaciones amistosas, tal como lo prevé el mencionado artículo 31 de la DLOETV, ni le fuera informada en modo alguno la intención de CAMETRO o de algún otro ente público de tramitar el traspaso de la propiedad de los bienes inmuebles de su propiedad;
- Que de conformidad con el artículo 33 y siguientes del DLOETV, en caso de que las negociaciones amigables para la obtención de los bienes requeridos para los fines establecidos en dicho Decreto no arrojaran ningún resultado, y la ejecución de la obra a la cual se destinan hubiera sido calificada de urgente realización, lo procedente era que se hubiera dictado el Decreto de Expropiación correspondiente, lo cual tampoco ocurrió en dicho caso, al igual que el pago de la justa indemnización por dichos inmuebles, a la cual hace alusión el artículo 34 del DLOETV.
- Que aunque el artículo 28 del DLOTV prevé la posibilidad de que la autoridad administrativa competente ordene la ocupación temporal de los bienes que requiera en forma no permanente, para la realización de obras, actividades o el logro de fines específicos, tales como la realización de los estudios técnicos para determinar la

factibilidad de uso de los bienes requeridos, a los fines comprobar si son acordes con los objetivos establecidos en dicho Decreto Ley, esa misma disposición establece expresamente la necesidad de dictar a tal efecto una Resolución que identifique debidamente cuáles son los bienes muebles o inmuebles que puedan ser objeto de la ocupación, con precisa determinación de sus características, ubicación, extensión y otros elementos que permitan su perfecta identificación, otorgándole a las partes afectadas la posibilidad de formular oposición a dicha medida, siendo que en ese caso, la empresa afectada nunca fue notificada de medida alguna;

- Que de conformidad con el artículo 27 del propio DLOEVT, la adopción de medidas como la ocupación de urgencia de terrenos para la construcción de viviendas implica que la autoridad administrativa competente dicte igualmente una Resolución, mediante la cual califique los bienes como esenciales y ordene la ocupación de los mismos, siendo que en ese caso la empresa afectada no fue notificada formalmente de ningún acto jurídico mediante el cual se hubiera adoptado alguna medida que les permitiera válidamente a CAMETRO o a cualquier otro ente, público o privado, ocupar terrenos de propiedad privada de manera permanente, con intención de construir viviendas en ellos.

Justo por lo que respecta a este específico punto de la necesidad de que la autoridad con competencia para ello según la Ley, tenga que emitir una Resolución expresa, motivada y por escrito, a los fines de poder adoptar formalmente la decisión de decretar las medidas de ocupación prevista en el propio DLOETV, cabe destacar que en el caso que venimos comentando como ejemplo, uno de los hechos que quedó no sólo acreditado sino admitido expresamente por la representación de CAMETRO, al momento de celebrarse la Audiencia Oral correspondiente, fue que la Resolución mediante la cual se

decretó la ocupación del inmueble, fue emitida por el MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA VIVIENDA Y HÁBITAT y publicada en Gaceta Oficial el 18 de septiembre de 2012; vale decir, *casi un (1) año después de haberse practicado al ocupación material del inmueble*, quedando acreditado en el expediente judicial correspondiente que la emisión de esa Resolución obedeció en realidad al requerimiento formulado por la propia CAMETRO ante el Ministerio, luego de haber sido citada en el marco de juicio por vías de hecho iniciado por la empresa.

Sin embargo, la CORTE SEGUNDA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en sentencia dictada el 5 de diciembre de 2013, declaró improcedente la acción ejercida, sobre la base de una bochornosa fundamentación, que a continuación se transcribe en sus partes más relevantes:

“...visto que se verificaron la existencia de los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, estos son: a) que el inmueble se encontrara comprendido en un Área Vital de Viviendas y de Residencias (AVIVIR); y b) que haya sido subutilizado o recibiendo un uso inadecuado, resulta claro para esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que los inmuebles que afirma la accionante que le pertenecen, fueron afectados por el Ejecutivo Nacional en aras de promover la construcción de soluciones habitacionales.”

(...)

“con la afectación de la cual fue objeto los inmuebles identificados con los N° 46 y 57, respectivamente, no se vulnera el derecho a la propiedad, sino que por otra parte, el Estado como regulador y garante de los Derechos de todos los venezolanos, *procura la predominancia del interés general sobre el particular, para de tal forma, mantener una sociedad justa y armoniosa*” (Énfasis añadido).

(...)

“la demora de la Administración en calificar formalmente como “urgente” la ejecución de la obra habitacional, en nada perjudicó a la sociedad mercantil accionante, toda vez que el Estado Venezolano –según la Ley– estaba en la obligación de impedir la existencia de terrenos no residenciales subutilizados o que recibieran un uso no acorde con la reordenación y poblamiento de la ciudad, lo cual realizó conforme a la normativa vigente. Aunado a lo anterior, debe advertir este Órgano Colegiado que la omisión en la cual incurrió el Ejecutivo Nacional en todo caso fue subsanada al momento de dictar la Resolución N° 167, emanada del Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, la cual fue publicada en Gaceta Oficial N° 40.010 de fecha 18 de septiembre de 2012, sin que esto causara perjuicio alguno a la parte accionante” (Énfasis añadido).

(...)

“no puede pretender la parte accionante SOMETER A FORMALIDADES la construcción de 4 edificaciones, de once (11) pisos, con ocho apartamentos, cada uno, [Folio 51 de la segunda pieza del expediente judicial], (lo que en otras palabras sería alrededor de 350 familias beneficiadas), cuando la población venezolana se encuentra en medio de una inmensa crisis habitacional” (Énfasis añadido, especialmente las mayúsculas incluidas en el texto).

(...)

“verificado como ha sido que los terrenos de los cuales se dice propietaria la sociedad mercantil (...) estaban siendo subutilizados, al fungir como depósito de maquinarias, apartándose de tal forma de los lineamientos trazados por el Ejecutivo Nacional para paliar la crisis habitacio-

nal, este Órgano Jurisdiccional observa que en el presente caso, la Administración al ocupar de manera inmediata los referidos inmuebles, no hizo más que obedecer a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, para de tal manera dar respuesta a las miles de familias que se encuentran en refugios o en situación de damnificados" (Énfasis añadido).

(...)

"la ocupación de la cual fueron objeto los terrenos que se arroga la sociedad (...), fue una medida administrativa tomada por el Ejecutivo Nacional para promover la construcción de viviendas al pueblo venezolano, en atención a la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, publicada en Gaceta Oficial N° 39.626 del 1 de marzo de 2011, a la declaratoria de los mencionados inmuebles como Área Vital de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), según Decreto Presidencial N° 8.302, publicado en Gaceta Oficial N° 39.708, de fecha 7 de julio de 2011; y finalmente, a la declaratoria de urgencia mediante la Resolución N° 167 emanada del Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, publicada en Gaceta Oficial N° 40.010 de fecha 18 de septiembre de 2012".

(...)

"En razón de todo lo anterior, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debe destacar que quedó demostrado en el decurso de esta sentencia, que el Estado Venezolano cumplió cabalmente con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda para proceder a la ocupación de urgencia de inmuebles no residenciales subutilizados ubicados en un Área Vital de Viviendas y de Residencias (AVIVIR), por lo tanto, siendo que no existió una vía de hecho por parte de la Administración, sino el procedimiento de ocupa-

ción de urgencia establecido en la mencionada Ley, se desestima la presente denuncia. Así se decide.” (Énfasis añadido).

(...)

“se colige claramente que en razón de la emergencia habitacional suscitada por las intensas lluvias ocurridas en el año 2010, que dejaron sin hogar a miles de familias venezolanas, *se creó este sistema normativo, desprovisto de formalidades, trámites administrativos, etc para de tal forma atacar en forma inmediata la crisis de vivienda.*” (Énfasis añadido).

(...)

“resulta evidente los motivos de urgencia y de necesidad pública que señala el Decreto promulgado en Gaceta Oficial N° 6.018 Extraordinaria de fecha 29 de enero de 2011 y que sustenta la actuación de la Administración, mediante el cual se indica expresamente que “con el objeto de enfrentar con éxito y rapidez la grave crisis de vivienda que sufre la población venezolana”, *lo cual evidencia el carácter de eminente urgencia de la actuación de la Administración,* y que el Ejecutivo Nacional pretende mejorar construyendo viviendas enmarcadas en el Plan Gran Misión Vivienda promovida por el Ejecutivo Nacional.” (Énfasis añadido).

(...)

“la referida Ley de Emergencia, estableció que todas sus normas eran de orden público, por lo tanto, resultan de aplicación preferente ante la Ley de Tierras Urbanas del año 2009. *En este sentido, siendo que en este instrumento normativo no se dispuso de un procedimiento especial para determinar el carácter ocioso de una tierra urbana,*

sino que por el contrario, se le otorgó al Ejecutivo Nacional la facultad para calificar los inmuebles. [Véase artículo 3 de la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda]” (Énfasis añadido).

(...)

“En razón de las consideraciones anteriores, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo desestima la presente denuncia, ya que el procedimiento establecido en la Ley de Tierras Urbanas, no resulta aplicable en el caso de autos, sino que deben aplicarse las normas de la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda. Así se decide.”

De esta forma y según la CORTE SEGUNDA, la falta de calificación como “de urgente realización” de una obra, establecida en el propio DLOETV como uno de los requisitos esenciales para la adopción de medidas de ocupación, simplemente constituye una demora, pues no importa que la Resolución que debió decretar esa ocupación, de manera expresa, motivada y por escrito, se haya emitido y publicado casi un año después de haber sido practicada materialmente la ocupación misma, incluso por un ente incompetente (CAMETRO), ya que “la omisión en la cual incurrió el Ejecutivo Nacional en todo caso fue subsanada al momento de dictar la Resolución (...), sin que esto causara perjuicio alguno a la parte accionante.”

Y es que, igualmente según la Corte, “no puede pretender la parte accionante SOMETER A FORMALIDADES la construcción de 4 edificaciones, de once (11) pisos, con ocho apartamentos, cada uno,” pues al hacerlo olvida que “el Estado como regulador y garante de los Derechos de todos los venezolanos, procura la predominancia del interés general sobre el particular, para de tal forma, mantener una sociedad justa y armoniosa,” siendo esa la razón por la cual, a pesar de que el propio tenor literal del DLOETV establece una serie de requisi-

tos y formalidades que deben cumplirse inexorablemente, debe entenderse –siempre según la Corte– que en realidad, **“se creó este sistema normativo, desprovisto de formalidades, trámites administrativos, etc para de tal forma atacar en forma inmediata la crisis de vivienda.”**

Por último e igualmente al parecer de la Corte, hay que olvidarse de ese necio empeño burgués de estar sometiendo la acción de la Administración al cumplimiento de procedimientos y formalidades, especialmente cuando ello afecta dramáticamente los derechos fundamentales, de manera que si en el DLOETV **“no se dispuso de un procedimiento especial para determinar el carácter ocioso de una tierra urbana,** como sus normas son de orden público, no procede aplicar ante ese silencio el procedimiento previsto a esos fines en la Ley de Tierras Urbanas, sino que debe entenderse que **“se le otorgó al Ejecutivo Nacional la facultad para calificar los inmuebles,”** incluso a los “trancazos”, sin procedimiento alguno y sin que se dicte ningún acto jurídico formal a esos fines, pues el silencio del DLOETV a este respecto, también es de “orden público”.

Obviamente, se trata de un fallo lleno de voluntarismo autoritario y de contenido altamente político, en el cual -una vez más- se pretende justificar el atropello y la barbarie con razones deleznales (se insiste, con mero voluntarismo y sin argumentación jurídica alguna), pero que en todo caso, resultan altamente reveladoras del extremo grado de arbitrariedad con el cual han venido actuando los distintos órganos y entes públicos que han tenido a su cargo el desarrollo de actividades en el marco de este programa, así como la abierta complicidad del Poder Judicial en respaldar y brindar cobijo a esta clase de actuaciones, no mediante la simple abstención de emitir pronunciamiento alguno al respecto, sino emitiéndolo pero para justificar estas tropelías.

C. La importancia del adecuado tratamiento de esta cuestión, como punto esencial para poder otorgar propiedad plena a los adjudicatarios de unidades construidas sobre terrenos o inmuebles privados

En los puntos anteriores de esta misma sección hemos explicado las razones por las cuales el régimen jurídico establecido en el DLOETV, para concretar la afectación y la privación coactiva de la propiedad sobre los inmuebles y terrenos requeridos para construir en ellos viviendas en el marco de este programa, padece de una serie de contravenciones y omisiones que ponen en evidencia radicales violaciones tanto al derecho a la defensa y al debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución, como a la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

También hemos puesto de manifiesto cuáles son las principales contravenciones y violaciones que han venido caracterizando la actuación administrativa de los órganos y entes públicos que han venido desarrollando actuaciones meramente materiales (vías de hecho) invocando falsamente el contenido de ese DLOETV, haciendo alusión a casos concretos que no solo constituyen manifestaciones paradigmáticas de ese actuar arbitrario de la Administración en este ámbito, sino que adicionalmente revelan la complicidad irresponsable y autoritaria de los Tribunales.

Ahora bien, al haber obrado en esos términos no solo el Ejecutivo (actuando como legislador derivado, vía Decreto Ley), sino también y muy especialmente la propia Administración y el Poder Judicial, parecen no caer en cuenta que el adecuado tratamiento y la debida solución que se le dé a este asunto, es un factor sencillamente indispensable a los fines de estar en posición de poder cumplir esa promesa que han venido haciendo cada vez que han tenido ocasión de promocionar las bondades de este programa social: dar *propiedad plena y verdadera* a quienes resulten finalmente beneficiados

como adjudicatarios de unidades habitacionales ejecutadas en el marco del mismo.

Y es que hasta tanto el Estado no haya adquirido legítima y debidamente la propiedad de los inmuebles o terrenos privados sobre los cuales han sido construidos o desarrollados los complejos habitacionales correspondientes, no podrá otorgarse plena propiedad a esos beneficiarios o adjudicatarios sobre las unidades que les han sido asignadas.

Ciertamente, ya hemos dicho que en la inmensa mayoría de los casos de desarrollos habitacionales construidos en el marco de este programa sobre terrenos de propiedad particular, no se han cumplido apropiadamente con los requisitos, formalidades y procedimientos establecidos por el Derecho positivo vigente para poder concretar finalmente, con plena adecuación a la Ley y al Derecho, la privación coactiva de la propiedad que sobre esos terrenos e inmuebles, aún ostentan quienes siguen siendo sus legítimos propietarios.

Y es que asumiendo incluso esa impunidad cómplice de interpretación arbitraria e infundadamente flexible de las disposiciones del DLOETV que se ha venido postulando a nivel judicial en algunos casos, más allá de lo que establezca o no al respecto ese mismo texto, sucede que de cara al tenor literal de los artículos 49 y 115 de la Constitución, esa privación coactiva de la propiedad implica cumplir, inexorablemente, con la emisión de una sentencia firme, proferida en un cauce que cumpla con las exigencias del debido proceso, así como con el pago de una justa indemnización, en los términos ya explicados en anterior sección de este mismo estudio.

Por tanto, hasta que esas exigencias no se cumplan debidamente, cualquier facultad que se confiera a los beneficiarios o adjudicatarios de unidades habitacionales construidas en el marco de este programa, pero sobre terrenos o inmuebles de propiedad privada, podrá tener otras características, contenido

y entidad, pero no las de un derecho de propiedad plena, en los términos establecidos en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

Pues bien, como tendremos ocasión de ver en la siguiente sección, esa misma imprecisión y contrariedad que ofrece el DLOETV al tratar lo concerniente a la privación coactiva de la propiedad sobre terrenos privados requeridos para construir viviendas en el marco de este programa, aqueja al tratamiento normativo que se da en ese mismo texto al derecho que se atribuye a los beneficiarios o adjudicatarios de esas viviendas, al punto de haber tenido que ir complementando, mediante textos posteriores, la regulación de este específico aspecto.

3. El tratamiento y alcance del derecho que se otorga a los beneficiarios de unidades habitacionales en el marco de este programa

Ciertamente, continuando con el orden expositivo anunciado al inicio y abordado como ha sido lo concerniente al tratamiento que ha recibido el derecho de propiedad, desde la perspectiva de los titulares de inmuebles o terrenos afectados por actuaciones de distintos órganos y entes públicos, para destinarlos a la ejecución de edificaciones en el marco de este programa social, corresponde en esta sección del presente estudio continuar analizando las disposiciones contenidas en el DLOETV, esta vez con la finalidad de explorar cuál es el tratamiento que se dispensa en dicho instrumento al derecho de propiedad, pero desde la óptica de la situación jurídica en la cual quedan los beneficiarios finales o adjudicatarios de unidades habitacionales.

En tal sentido y antes de abordar directamente el contenido de las disposiciones de la Ley encargadas de brindar tratamiento a este tema, cabe simplemente recordar aquí que el discurso oficial en torno a la aplicación de este instrumento, ha venido insistiendo sistemáticamente en sostener que los bene-

ficiarios o adjudicatarios de unidades habitacionales ofrecidas en el marco de este específico programa social, son plenos e indiscutibles propietarios de las viviendas asignadas.

Sin embargo, a pesar que varias disposiciones de este texto hacen referencia a la eventual venta de unidades habitacionales,⁵⁶ así como a distintos programas para el otorgamiento de créditos en condiciones preferenciales y subsidios a los cuales pueden aspirar los interesados,⁵⁷ lo cierto es que una minuciosa revisión de las disposiciones del DLOETV en esta materia pone en evidencia una situación distinta a la sostenida por el discurso oficial.

En efecto, aunque el artículo 2 de este Decreto Ley comienza declarando que el Estado *“garantizará el derecho a una vivienda digna, dando prioridad a aquellas familias que se encuentren en riesgo vital, así como, las que no posean vivienda propia y a las parejas jóvenes que estén fundando familia,”*⁵⁸ lo cual podría asumirse inicialmente, junto con otras disposiciones en materia de subsidios y de eventuales ventas de unidades, como indicativo de que el desiderátum del programa apunta en muy buena medida en esa dirección (dar vivienda propia), lo cierto

56 Ver en tal sentido el contenido de los artículos 7 (numeral 3) y 21 del DLOETV.

57 Ver en tal sentido el contenido de los artículos 7 (numeral 5), 16, 17, 18, 22 y 23 del mismo DLOETV.

58 Cabe destacar que la misma expresión “vivienda propia” vuelve a ser empleada escasas veces por otros preceptos de este instrumento; concretamente, por el artículo 3.5, que atribuye competencia el Ejecutivo Nacional para *“Asignar terrenos y entregar viviendas a favor de los grupos familiares que se encuentren en riesgo vital, que sean de escasos recursos, que no posean vivienda propia,”* el artículo 6, el cual dispone que en caso de inmuebles adquiridos por el Estado, el derecho de preferencia a adquirir las unidades habitacionales estará en cabeza de quienes las venían ocupando en calidad de arrendatarios o comodatarios, y a falta de estos, tendrán ese derecho preferente *“los habitantes de la comunidad, sector o urbanización donde se encuentren los inmuebles, que no posean vivienda propia,”* y el artículo 26, que vuelve a usar la expresión al definir las situaciones descritas de manera unilateral y preconcebida por la Ley como constitutivas de la presunción de buen derecho para la adopción de medidas preventivas.

es que, más adelante, al definir lo que debe entenderse por adjudicatario, el artículo 4 de este mismo instrumento establece expresamente lo siguiente:

ADJUDICATARIO (a): Persona natural que no posea vivienda, a la que el Estado le adjudica una para que la habe con su núcleo familiar, cuya propiedad OBTENDRÁ al término del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el respectivo contrato (Énfasis añadido).

Por su parte el artículo 8 de este mismo DLOETV, al contemplar los Deberes de los beneficiarios de la Ley, “*en cumplimiento del mandato constitucional sobre vivienda familiar*” (dicte textualmente la norma), contempla en su numeral 4 lo siguiente:

4. Abstenerse de realizar actos de disposición parcial o total de los DERECHOS ADJUDICADOS, tales como: venta, donaciones, alquileres, cesiones o constituciones de hipotecas. (Énfasis añadido).

De cara al tenor literal de estos preceptos, cabe llamar la atención sobre dos específicos aspectos, muy relevantes a los fines de analizar apropiadamente el tema tratado en esta sección del presente estudio.

Por una parte y en *primer* lugar, al definir lo que debe entenderse por adjudicatario y precisar cuál es la posición que ocupa el mismo respecto al derecho de propiedad sobre la unidad habitacional que le ha sido simplemente asignada, el artículo 4 deja claro el uso del verbo en tiempo futuro: “cuya propiedad OBTENDRÁ,” es lo que dice literalmente la norma, a lo cual no cabe atribuir ningún otro significado que ése; vale decir, que el adjudicatario NO HA OBTENIDO AÚN LA PROPIEDAD SOBRE SU UNIDAD, y que la OBTENDRÁ sólo al término del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el respectivo contrato que celebre para regular la condición en la cual,

hasta que sea verdadero propietario, simplemente ocupará o habitará la unidad que le fue adjudicada.

Por otra parte y en *segundo* lugar, al regular los deberes de los beneficiarios del régimen jurídico previsto en dicho texto, el numeral 4 del artículo 8 del DLOETV no solo establece que deberán ABSTENERSE DE REALIZAR ACTOS DE DISPOSICIÓN PARCIAL O TOTAL, lo cual es ya bastante representativo de una condición que no es la propia de un verdadero y pleno propietario, sino que adicionalmente, aquello que se les prohíbe disponer en forma total o parcial se le denomina simple y llanamente como DERECHOS ADJUDICADOS, sin calificar esos derechos expresamente como *propiedad*, lo cual guarda coherencia con la definición de adjudicatario recogida por el artículo 4 del mismo DLOETV, en la cual, como ya hemos dicho, queda claro que no son titulares del derecho de propiedad, sino que lo OBTENDRÁN si cumplen con todas las obligaciones que les sean impuestas en el contrato que celebren para regular la condición en la cual, hasta que sean verdaderos propietarios, simplemente *ocupará* o *habitará* la unidad que le fue adjudicada.

Luego, no cabe duda alguna en cuanto a que, conforme al tratamiento normativo expreso dado por el DLOETV sobre este específico tema al derecho de los ocupantes, adjudicatarios o beneficiarios de unidades habitacionales en el marco del programa, esos adjudicatarios únicamente cuentan con la posibilidad de habitar la vivienda que les haya sido adjudicada por el Estado, sin que se establezca regulación alguna en cuanto a cómo se conduce ese proceso de adjudicación, o cómo se acredita la condición de adjudicatario, o si se emite o no algún acto jurídico formal en el cual se atribuya expresa e inequívocamente tal condición.

Pero lo que sí está absolutamente claro, de cara al tenor literal de estos preceptos, es que esos adjudicatarios NO SON PROPIETARIOS, así como que tienen terminantemente

PROHIBIDO REALIZAR ACTOS DE DISPOSICIÓN, lo cual no podrían hacer al no ser propietarios. También queda absolutamente claro que la propiedad del inmueble sólo llegarán a adquirirla **AL TÉRMINO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL RESPECTIVO CONTRATO**, frente a lo cual cabe preguntar: ¿De qué contrato se está hablando en esa disposición?; ¿Y cuáles son esas “obligaciones”?; ¿Varían caso a caso o son absolutamente uniformes?; ¿Y quién las define o las impone y declara su efectivo cumplimiento?

Se trata de interrogantes cuya ausencia de respuesta pone en tela de juicio que, de cara al régimen previsto en este texto, pueda considerarse que los adjudicatarios de unidades habitacionales en el marco de este programa cuenten efectivamente con **seguridad jurídica en la tenencia**, como factor clave del derecho a la vivienda, en los términos ya expuestos en anterior sección de este mismo estudio.

Y fue muy probablemente esta notoria precariedad en el tratamiento de un tema tan importante dentro del régimen jurídico establecido en el DLOETV, lo que justificó que, tiempo después de su entrada en vigencia, tuviera que ser complementado con la sanción de otro texto legal destinado a tratar específicamente este tema.

4. El Decreto Ley del Régimen de Propiedad de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela

En efecto, 4 meses después de haber promulgado el DLOETV, el Presidente de la República dictó el Decreto Ley N° 8.143, contentivo de la LEY DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DE LAS VIVIENDAS DE LA GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA (LRPGMVV).⁵⁹

59 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.021, Extraordinario, del 6 de abril de 2011.

Dado el sugestivo título de este nuevo instrumento, podría pensarse que el mismo estaba destinado a contemplar el régimen jurídico aplicable a los fines de conferir propiedad plena, pura y simple a quienes resulten beneficiarios como adjudicatarios de unidades habitacionales en el marco de este programa, regulando con mayor precisión no sólo los requisitos y el procedimiento aplicable a los fines de poder ser seleccionado, objetivamente y conforme a la Ley, como adjudicatario de una de esas unidades habitacionales, sino también los términos y condiciones de ese contrato al cual alude el artículo 4 del DLOETV, en el cual deben quedar claramente definidas, con carácter objetivo y sin ambigüedades de ningún tipo, cuáles son las únicas obligaciones al término de cuyo cumplimiento podrán esos meros adjudicatarios convertirse en verdaderos y plenos propietarios.

Sin embargo, el artículo 4 de esta nueva Ley, al identificar y diferenciar cuáles son los únicos tipos de propiedad reconocidos y regulados por dicho instrumento, establece lo siguiente:

“Artículo 4°. El Estado garantiza el derecho de propiedad familiar y multifamiliar, como manifestaciones concretas del derecho de propiedad constitucionalmente establecido. La Propiedad Familiar recae sobre las viviendas previstas en la presente normativa, que han de ser adecuadas, seguras, higiénicas y con servicios básicos esenciales.

La Propiedad Multifamiliar recae sobre los terrenos, inmuebles y cosas comunes de las edificaciones antes mencionadas, de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y demás normativa aplicable.

De manera, pues, que nada de propiedad plena, pura y simple, sin apellidos ni adjetivos calificativos, como la reconoce el artículo 115 de la Constitución. Nada de propiedad a secas y punto. En su lugar, se precisa que la única propie-

dad que -en un futuro- aspira reconocerse a quienes resulten beneficiados como adjudicatarios de unidades habitacionales construidas en el marco de este programa, es una propiedad claramente condicionada por el calificativo que se le adosa. Por lo que respecta a la vivienda como tal, se trata de una propiedad familiar, mientras que en lo atinente a todo aquello que se denomina como cosas de uso común de los copropietarios, lo que se reconoce es una propiedad multifamiliar.

Y se apresura ese mismo precepto a procurar respuesta frente a cualquier eventual cuestionamiento que pretenda formularse ante esa mediatización adjetivada de la propiedad, señalando que estas 2 modalidades constituyen manifestaciones concretas del derecho de propiedad constitucionalmente establecido, siendo evidente la manipulación fallida que pretende hacerse a estos fines del contenido del artículo 115 del Texto Fundamental, en el cual sólo se reconoce el derecho de propiedad pura y simple, pero además sin tener en cuenta que ninguna de esas supuestas manifestaciones de la propiedad, estaban previstas siquiera entre las nuevas modalidades propuestas como parte del proyecto de Reforma Constitucional rechazado por el pueblo venezolano en referéndum celebrado en diciembre del año 2007.⁶⁰

Ahora bien, dado que la aplicación de la LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL (LPH)⁶¹ ha sido proscrita expresamente en este especial ámbito de la construcción de viviendas dentro de la

60 En efecto, la nueva redacción propuesta en ese proyecto para el artículo 115 de la Constitución, pretendía distinguir entre: a) propiedad pública; b) propiedad social directa; c) propiedad social indirecta; d) propiedad colectiva; e) propiedad mixta y, por último y en último lugar; f) propiedad privada. Ver en tal sentido: GRAU FORTOUL, Gustavo Adolfo: "Aproximación preliminar al tratamiento de la propiedad en la primera propuesta de modificación a la Constitución de 1999", en: *Revista de Derecho Público* N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

61 Publicada en la Gaceta Oficial N° 3.241, Extraordinario, del 18 de agosto de 1983.

GMVV,⁶² la mayor parte de las disposiciones del Título III de la nueva Ley están destinadas a regular realmente diferentes aspectos del régimen jurídico de propiedad multifamiliar, llamado a sustituir el régimen general previsto en aquél texto legal, abarcando aspectos tales como la identificación de las áreas comunes sobre las cuales recae este tipo de propiedad, el contenido del denominado documento de propiedad multifamiliar, así como la integración y funciones del llamado comité de gestión multifamiliar, llamados a sustituir en este ámbito, respectivamente, tanto al documento como a la junta de condominio, regulados con carácter general en la LPH.

Otro aspecto interesante dentro del régimen jurídico establecido por este nuevo instrumento, viene dado por la inclusión de varias disposiciones encargadas de regular la transferencia gratuita a la República del derecho de propiedad sobre los terrenos pertenecientes a otros entes públicos y que hayan sido destinados a la construcción de soluciones habitacionales en el marco de este programa (artículos 5 y 6), guardando absoluto silencio respecto al tratamiento de la situación de aquellos propietarios privados cuyos terrenos sean afectados y destinados a estos mismos fines, para los cuales seguirán reinando las ya descritas y explicadas imprecisiones e inseguridades derivadas del desastroso régimen previsto al respecto en el DLOETV.

62 Ya desde el artículo 2, al señalar que sus disposiciones regularán el régimen de propiedad sobre las viviendas, terrenos y demás bienes en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela, este texto precisa que todo el régimen jurídico aplicable a este programa “*constituye un sistema integral y distinto al contemplado en la Ley de Propiedad Horizontal y en la Ley de Venta de Parcelas*”, insistiendo en que las disposiciones de esas leyes no se aplicarán a lo regulado en esta LRPGMVV, la cual dedica precisamente la mayor parte de las disposiciones contenidas en su Título III, a contemplar todo un nuevo régimen jurídico de propiedad multifamiliar, el cual -como veremos posteriormente- tiene como propósito sustituir, para los urbanismos que se construyan en el marco de este programa, todo el régimen jurídico ordinario previsto con carácter general en la Ley de Propiedad Horizontal.

Pero en lo atinente específicamente a la propiedad familiar; vale decir, aquella que puede llegar a adquirir el adjudicatario respecto de la unidad habitacional cuyo mero uso le ha sido asignado, el artículo 9 de este nuevo instrumento establece textualmente lo siguiente:

Artículo 9°. La Propiedad Familiar es el derecho sobre la vivienda destinada única y exclusivamente al uso, goce, disfrute y DISPOSICIÓN por parte de la Unidad Familiar, en los términos, condiciones y LIMITACIONES establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su reglamento y el Contrato de propiedad respectivo.

La Propiedad Familiar sobre una vivienda también implica derechos y obligaciones sobre las cosas que sean calificadas como de uso y disfrute común (Énfasis añadido).

Lo primero que cabe precisar de cara al tenor literal de este precepto es que una lectura inadvertida de la inclusión que se hace en su texto de la facultad de DISPOSICIÓN, como parte de ese peculiar derecho de propiedad familiar, podría conducir equívocamente a considerar superada la limitación que sobre este particular y como vimos en anterior punto de esta misma sección, impone el artículo 8.4 del DLOETV. Sin embargo, el mismo precepto se encarga de advertir que ese reconocimiento se hace sólo en los términos, condiciones y muy especialmente dentro de las LIMITACIONES establecidas por el propio DLOETV, por lo que no cabe duda que sigue plenamente vigente la restricción establecida en ese mismo artículo 8.4; vale decir, la PROHIBICIÓN EXPRESA DE DISPONER DE LOS “DERECHOS ADJUDICADOS”, sin imponer límite temporal alguno a la duración o vigencia de esa prohibición.

Y aunque el artículo 3 de este nuevo texto, bajo el epígrafe “**Venta**”, dispone que “*las casas, apartamentos y otros inmuebles, contruidos o por construirse, así como los terrenos asociados sobre los cuales se edificará la obra, destinados al cumplimiento de los objetivos de la Gran Misión Vivienda Venezuela y del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Vivienda, **podrán ser vendidos o enajenados como bienes individuales por el ejecutor o propietario, sólo de conformidad con lo previsto en esta ley,***” no cabe duda que esa posibilidad está específicamente referida, de acuerdo con el propio texto de la norma, a un sujeto muy concreto y específico; a saber, **al ejecutor o propietario** encargado de la construcción de las soluciones habitacionales, no el simple **adjudicatario** o beneficiario, el cual, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4 del mismo DLOETV, no adquiere la condición de propietario familiar sino **al término del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el correspondiente contrato.**

De manera, pues, que lo cierto es que este nuevo régimen jurídico previsto en la LRPGMVV, no contribuyó en modo alguno a precisar, con mayor intensidad y objetividad, los verdaderos títulos jurídicos en virtud de los cuales se adjudican unidades habitacionales en el marco del programa, ni a brindar mayor seguridad jurídica a los adjudicatarios, al definir con absoluta precisión no sólo los requisitos y procedimientos para que puedan ser beneficiados con la asignación de una unidad, sino cuáles son las únicas causales objetivas y concretas ante cuya efectiva ocurrencia y declaración por la autoridad competente, pudiera verse afectado su derecho de permanencia y su **seguridad en la tenencia** de esa unidad.

En su lugar, el texto mantuvo una redacción que dejó incólume la vulnerabilidad derivada de previsiones como las contenidas en los artículos 4 y 8.4 del DLOETV, que no sólo omiten por completo toda regulación en cuanto a los puntos indicados en el párrafo inmediato precedente, sino que además condicionan la adquisición futura de la condición de propietario al

término del cumplimiento de unas obligaciones a ser definidas contractualmente y no directamente en la propia Ley, prohibiéndoles además toda posibilidad de disponer, *sine die*, de esos derechos precarios e inciertos de uso que le han sido adjudicados, pero que en la medida en que no existan condiciones claras y objetivas definidas directamente a nivel legal, pueden perder en cualquier momento, incluso por capricho del operador político de turno.

No se desconoce que, como fue advertido en anterior sección de este mismo estudio, al abordar el régimen jurídico general en materia de regulación de la acción estatal para el desarrollo de programas de viviendas, desde los primeros textos existió la preocupación asociada a la necesidad de adoptar medidas dirigidas a lograr que las unidades asignadas en venta, arrendamiento, comodato o enfiteusis a los beneficiarios de los programas públicos, fueran destinadas a satisfacer efectivamente las necesidades habitacionales del beneficiario, imponiendo a esos fines *límites razonables a la facultad de disponer*.

Pero en esos casos, no se trataba de imponer limitaciones de manera indeterminada o ambigua, sino mediante la consagración expresa a nivel legal de mecanismos como la consagración de un *derecho preferente de adquisición* en favor del ente público competente, para el caso en que el beneficiario pretendiera disponer de la unidad que le hubiera sido asignada, mecanismos estos cuya ejecución implica la aplicación de *criterios objetivos*, cónsonos con las más elementales exigencias derivadas del principio de *seguridad en la tenencia*, como factor clave para una adecuada satisfacción del derecho a la vivienda, guardando además respeto y consonancia con la condición jurídica atribuida al beneficiario en cada uno de estos casos (propietario, arrendatario, comodatario o enfiteuta), sin disminuirla o atentar contra su solidez y contundencia.

Obviamente, la imposición de prohibiciones de disposición absolutas, sin límites temporales de ningún tipo y sin la previsión clara y objetiva, directamente a nivel legal, de las circunstancias ante las cuales debe cesar cualquier limitación al respecto, lejos de contribuir al convencimiento de que estamos en presencia de una de las manifestaciones concretas del derecho de propiedad reconocido constitucionalmente, como en términos voluntaristas pretende decretarlo el artículo 4 de este instrumento, deja bien claro que, en realidad, esa propiedad familiar es un derecho mediatizado, disminuido y limitado sin parámetros objetivos.

De esta forma, el régimen jurídico previsto tanto en el propio DLOETV como en la LRPGMVV, no responde adecuadamente a un factor que, incluso más que el reconocimiento de propiedad plena, constituye un elemento crucial para la adecuada satisfacción del derecho a la vivienda. Nos referimos a la seguridad en la tenencia, que no está limitada a la celebración de un contrato de compraventa o a cualquier otra forma jurídica de transmisión del derecho de propiedad, sino que puede alcanzarse a través de otras opciones en el plano jurídico, siempre que lo conferido no sea una simple concesión revocable sino un verdadero derecho, que atribuya indiscutiblemente, en términos claros, objetivos y sin ambigüedades, la posibilidad de gozar de su objeto con una cierta certidumbre; esto es, de una manera relativamente estable y con cierta inmunidad frente a alteraciones arbitrarias en su goce o frente a situaciones de vulnerabilidad, derivadas de desalojos autoritarios o de privaciones coactivas ilegales, especialmente por motivos políticos.

5. A modo de recapitulación

A lo largo de las secciones anteriores de este estudio, hemos procurado poner de relieve cómo los distintos instrumentos que se han venido dictando para conformar el marco normativo de la GMVV, contemplan un régimen jurídico que

en materia de privación coactiva de los inmuebles o terrenos de propiedad privada requeridos para construir en ellos soluciones habitacionales, no sólo revela abiertas incongruencias y contravenciones con las más elementales exigencias derivadas tanto del respeto al derecho fundamental al debido proceso y al Juez natural previsto en el artículo 49 de la Constitución, como de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental, sino que adicionalmente, también hemos explicado cómo ese peculiar régimen jurídico ha venido siendo violado, inobservado o preterido en cuanto a su aplicación por parte de los distintos órganos y entes del Poder Público que lo han invocado como fundamento normativo de su actuación, en el marco de este programa social.

También hemos destacado cómo pareciera olvidarse que del adecuado tratamiento que se le dé al diseño y ejecución de las medidas destinadas a lograr la privación coactiva de la propiedad privada en este ámbito, depende nada más y nada menos que el poder cumplir cabalmente con esa engañosa promesa en la cual el mensaje oficial ha venido concentrando buena parte de los esfuerzos propagandísticos destinados a la promoción de este programa, al sostener que lo conferido a los beneficiarios es un derecho de *propiedad plena* sobre las unidades adjudicadas.

Sin embargo, al abordar las disposiciones destinadas a brindar atención normativa precisamente al tratamiento de lo que se confiere a los adjudicatarios o beneficiarios sobre esas unidades habitacionales, se entiende el por qué la ausencia de preocupación alguna sobre ese específico aspecto, pues simple y llanamente, una lectura detenida de esas normas revela que lo conferido a esos fines no es un verdadera propiedad plena, pura y simple, sino un simple *derecho de uso precario, mutuable y para nada seguro* en cuanto a su titularidad o ejercicio, al no regularse con precisión y directamente a nivel legal, no sólo el procedimiento y los requisitos aplicables a los fines de poder adquirir la condición de beneficiario o adjudicatario, sino sobre

todo y fundamentalmente esos términos, condiciones y obligaciones al cabo del cumplimiento de los cuales, según el artículo 4 del DLOETV, pudiera estar llegando a convertirse ese simple adjudicatario en un verdadero propietario, viendo cesar finalmente esa prohibición de disposición que le ha sido impuesta por el artículo 8.4 de ese mismo texto, sin límite alguno, ni temporal ni material.

Pues bien, fue precisamente en este marco de incertidumbre y de poca o nada claridad en cuanto a este específico aspecto del derecho conferido a los beneficiarios de unidades habitacionales construidas bajo este programa, que luego del importantísimo cambio ocurrido en diciembre de 2015, en la conformación de las fuerzas políticas llamadas a conformar el órgano encargado de ejercer el Poder Legislativo a nivel nacional, una de las iniciativas impulsadas por la nueva Asamblea Nacional estuvo orientada, precisamente, a brindar a esos beneficiarios o adjudicatarios no sólo la seguridad jurídica en la tenencia, sino la propiedad plena, pura y simple sobre sus viviendas.

V. LA LEY DE OTORGAMIENTO DE TÍTULOS DE PROPIEDAD A BENEFICIARIOS DE LA GMVV

En efecto, uno de los primeros y más sonados proyectos de Ley que le correspondió discutir a la Asamblea Nacional recién instalada en enero de 2016, fue precisamente el que culminó con la sanción, el 13 de abril de 2016, de la denominada LEY DE OTORGAMIENTO DE TÍTULOS DE PROPIEDAD A LOS BENEFICIARIOS DE LA GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA Y OTROS PROGRAMAS HABITACIONALES DEL SECTOR PÚBLICO (LTPGMVV).

1. Aproximación al contenido y objetivo fundamental del Proyecto

De acuerdo con lo indicado en la Exposición de Motivos de la primera versión de este proyecto de Ley, el objetivo fundamental del mismo consistía precisamente en establecer mecanismos extraordinarios cuya puesta en ejecución permitiera regularizar la situación de innumerables proyectos habitacionales, ejecutados en el marco de la GMVV sobre terrenos e inmuebles pertenecientes tanto a distintos entes públicos como a sujetos privados, pero respecto de los cuales no ha terminado de esclarecerse, de manera definitiva y conforme a Derecho, lo concerniente a la transferencia de la titularidad del derecho de propiedad de los terrenos o inmuebles sobre los cuales han sido ejecutados ya tales proyectos.

De esta forma, el Proyecto partía de un postulado básico: hay que resolver satisfactoriamente y conforme a Derecho lo concerniente a la propiedad de los terrenos sobre los cuales hayan sido ejecutados proyectos habitacionales en el marco del programa, pues ello constituye un elemento indispensable para estar en posición de emitir, suscribir y protocolizar debidamente, por ante la Oficina de Registro Inmobiliario correspondiente, tanto los documentos acreditativos de la propiedad familiar que corresponde a cada beneficiario sobre la unidad que le fue adjudicada, como el documento de propiedad multifamiliar sobre el terreno, los inmuebles y las áreas de uso y disfrute común de todos los miembros de las unidades familiares en su conjunto, y que comporta para ellos los derechos y obligaciones contenidos en el documento de propiedad multifamiliar previsto en la LRPGMVV, cuyas disposiciones e inconvenientes han sido ya comentados en la sección inmediata anterior de este estudio.⁶³

63 Cabe destacar desde ya que el proyecto no solo reconocía la existencia de una Ley como la LRPGMVV, sino que identificaba claramente las deficiencias de las cuales padecía dicho texto, en cuanto a la adecuada previsión de los mecanismos apropiados para poder otorgar, efectivamente

A esos fines, esta primera versión del proyecto proponía la creación de una COMISIÓN PARLAMENTARIA ESPECIAL (CPE),⁶⁴ que tendría a su cargo la ejecución de las siguientes tareas:

- Levantar, con la colaboración de los distintos órganos y entes del Ejecutivo Nacional con competencia en la materia, un inventario detallado de los distintos proyectos habitacionales ya ejecutados y en ejecución en el marco de la GMVV;
- Conformar una base de datos que permitiera identificar, de cara al inventario al cual se hace referencia en el punto inmediato anterior, lo siguiente:
 - El carácter público o privado del sujeto titular del derecho de propiedad del terreno o inmueble sobre el cual ha sido ejecutado o está en ejecución cada proyecto habitacional;
 - En caso que el terreno o inmueble pertenezca a un ente público, determinar el estado en que se encuentra el proceso de transferencia de la titularidad del derecho de propiedad de ese terreno o inmueble a favor de la República, fijando un plazo perentorio para que dicho proceso concluya finalmente, bajo la

y sin ambages de ningún tipo, titularidad plena a los beneficiarios de la GMVV. Incluso, el proyecto partía de la preservación de la mayor parte del régimen jurídico previsto en dicho instrumento, manteniendo el uso de la nomenclatura empleada en el mismo para referirse tanto a la propiedad atribuible sobre cada unidad habitacional (*Propiedad Familiar*), como a los bienes y cosas comunes a todos los beneficiarios (*Propiedad Multifamiliar*), con las precisiones dirigidas a corregir distorsiones esenciales en dicho texto legal.

64 Ante el ambiente de pugnacidad política imperante en Venezuela y asumiendo como premisa la desconfianza absoluta en cuanto a la imparcialidad e independencia del Poder Judicial, el Proyecto proponía que fuera la propia Asamblea Nacional la que condujera las tareas encaminadas a lograr que se le pudiera conferir finalmente títulos de propiedad plena a los beneficiarios del programa.

coordinación y supervisión de la CPE propuesta en el proyecto de Ley;

- En caso que el terreno o inmueble pertenezca a un sujeto privado, determinar la situación jurídica en la cual se encuentra el proceso de toma de posesión coactiva o de adquisición forzosa del derecho de propiedad del terreno o inmueble de que se trate, identificando si se cumplió o no con los requisitos, procedimientos y formalidades exigidas por el Derecho positivo a los fines de tomar posesión o adquirir la propiedad del terreno o inmueble en cuestión, así como si se ejerció algún medio de impugnación o reclamo, en sede judicial o en sede administrativa, con precisión del estado en el cual se encuentra. A esos fines, se proponía que la CPE conformada con arreglo a la Ley se nutriera de la información que le fuera suministrada, tanto por los distintos órganos y entes encargados del ejercicio del Poder Público que hayan tenido a su cargo la ejecución de proyectos habitacionales en el marco de la GMVV, como de los particulares propietarios de terrenos o inmuebles sobre los cuales se hubieran ejecutado tales proyectos;
- Con base en la información que se obtuviera de la ejecución de las tareas descritas en los puntos anteriores, la CPE que se conformara por mandato de la ley, convocaría públicamente a todas las personas naturales o jurídicas propietarias de terrenos e inmuebles afectados, sobre los cuales se hubieran ejecutado o estuvieran en ejecución proyectos habitacionales en el marco de la GMVV, a fin de que participaran en un proceso de negociación destinado a explorar la posibilidad de alcanzar un arreglo amigable, en cuyo seno se pudiera acordar la transferencia en firme del derecho de propiedad

de esos terrenos e inmuebles a favor de la República, incluyendo la procura de los recursos necesarios para poder pagar a los afectados la justa indemnización que les corresponde, como parte de la garantía expropiatoria contemplada en el artículo 115 de la Constitución, de manera que alcanzado el acuerdo correspondiente se pudieran protocolizar, tanto los documentos acreditativos de la propiedad familiar del beneficiario de cada unidad, como el documento de propiedad familiar sobre el terreno, los inmuebles por destinación y las áreas de uso y disfrute común, de todos los miembros de las Unidades Familiares;

- Por último, determinar los casos en los cuales, ante la infructuosidad de las gestiones destinadas a explorar la posibilidad de alcanzar un arreglo amigable con los propietarios de terrenos e inmuebles afectados por las ocupaciones, se procedería de inmediato a emitir los correspondientes Decretos de expropiación, siguiendo posteriormente el proceso judicial abreviado propuesto en el propio proyecto de Ley para la sustanciación y decisión de la demanda correspondiente contra el afectado.

Por otra parte, el Proyecto introducía no pocas precisiones y reformas al régimen jurídico general previsto tanto en el DLOETV como en otros textos complementarios que también han servido de base para la ejecución de proyectos en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela, tales como la ya citada LPGMVV y la LEY PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE BIENES INMUEBLES EN LOS CASOS DE EXPROPIACIONES DE EMERGENCIA CON FINES DE POBLAMIENTO Y HABITABILIDAD.

El objeto de estas reformas y modificaciones estaba destinado a hacer más claro y vinculante el cumplimiento de los distintos pasos, requisitos, procedimientos y formalidades necesarios para poder afectar terrenos e inmuebles abando-

nados, ociosos, sin uso o infrautilizados, a los fines de poder destinarlos a la ejecución de proyectos habitacionales en el marco del programa, pero respetando las más elementales exigencias derivadas del reconocimiento y protección que el texto fundamental confiere al derecho de propiedad, así como la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 de la Constitución.

En tal sentido y entre muchas otras modificaciones al régimen general, se planteaba la necesaria adopción de los siguientes cambios y precisiones:

- Precisar que esa competencia atribuida al Ejecutivo Nacional, mediante la creación de las denominadas áreas AVIVIR, en el sentido de reordenar integralmente la distribución y uso del suelo urbano o rural, para destinarlo con prioridad y urgencia a la construcción de viviendas, debía ser ejercida con pleno respeto, acatamiento y observancia del orden público urbanístico vigente en el área de que se trate, atendiendo a los instrumentos vigentes en esa materia y en total coordinación con las autoridades nacionales, estatales y locales con competencia urbanística en el área a ser declarada como AVIVIR, haciendo especial énfasis en el cumplimiento de las exigencias derivadas de las variables urbanas fundamentales que deben ser observadas a esos fines, tales como el uso asignado urbanísticamente al terreno o inmueble del cual se trate, la certificación de capacidad de suministro de servicios públicos, la integración o acceso a la red vial y colectora de la ciudad, la densidad poblacional, entre otros;
- Precisar que el hecho de que un determinado inmueble quedara comprendido dentro de un área que hubiera sido declarada formalmente y mediante Decreto como AVIVIR, no implicaba que el mismo pudiera ser objeto de manera necesaria, inmediata e ineludiblemente de

medidas coactivas de ocupación por parte de cualquier órgano o ente encargado del ejercicio del Poder Público, aclarando que sólo aquellos terrenos o inmuebles que, previa sustanciación del procedimiento administrativo previsto ahora directamente en el propio Proyecto, hubieran sido declarados oficial y formalmente como abandonados, ociosos o sin uso, podrían ser objeto de medidas de ocupación temporal, adoptadas mediante Resolución expresa y motivada por la autoridad competente, con el único fin de llevar a cabo los estudios destinados a determinar la idoneidad o no de los terrenos o inmuebles afectados a los fines de poder ejecutar sobre ellos proyectos de construcción de viviendas en el marco de la GMVV;

- Precisar que en caso que los estudios correspondientes permitieran concluir que los terrenos o inmuebles objeto de los mismos son idóneos para la ejecución en ellos de proyectos habitacionales en el marco de la GMVV, se procediera de inmediato a la emisión del correspondiente Decreto de expropiación, notificando al afectado para que acudiera a la fase destinada a explorar la posibilidad de alcanzar, en un lapso sumamente breve y perentorio previsto en el propio texto del Proyecto, un arreglo amigable que permitiera la adquisición del derecho de propiedad sobre el inmueble afectado, dejando a salvo que en aquellos casos en los cuales no fuera posible alcanzar dicho acuerdo en el lapso establecido, se procediera a ejercer la correspondiente demanda de expropiación ante los tribunales competentes, siguiendo básicamente el mismo procedimiento previsto en la LECUPS, pero con algunas modificaciones y abreviaciones en sus lapsos y etapas;
- Abandonar los criterios fijados en la LEY PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE BIENES INMUEBLES EN LOS CASOS DE EXPROPIACIONES DE EMERGENCIA CON FINES DE POBLAMIENTO Y

HABITABILIDAD, por resultar contrarios a las más elementales exigencias derivadas de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 de la Constitución, remitiendo en lo concerniente a los criterios y métodos para el cálculo del justiprecio a las disposiciones generales contempladas en la LECUPS;

- Incorporar algunas disposiciones contenidas en la LRPGMVV, pero precisando que tanto la propiedad familiar como la propiedad multifamiliar, constituyen manifestaciones del derecho de propiedad individual, en los mismos términos en que lo reconoce y protege el artículo 115 de la Constitución, sin que pueda darse a estas denominaciones calificativos de propiedad colectiva o social que desnaturalicen la entidad y el alcance con los cuales el titular de este derecho puede ejercer los atributos inherentes al mismo.

Estos fueron básicamente, en términos muy generales, los principales postulados y propuestas contenidos en la primera versión de este Proyecto de Ley.

2. Las objeciones y ataques al Proyecto formuladas desde el oficialismo, insistiendo en que lo conferido a los beneficiarios del programa era un derecho de propiedad plena

Tan pronto como se anunció esta iniciativa e incluso antes de que se conociera el contenido de la primera versión del Proyecto de Ley, distintos voceros del oficialismo emprendieron una intensa campaña en diferentes medios, destinada a cuestionarlo.

Básicamente, las ideas centrales de esta campaña se concentraron en sostener que ya existía una Ley especial encargada de regular esta materia, aludiendo con ello a la ya citada y analizada LRPGMVV e insistiendo en que, conforme

a las disposiciones de dicho instrumento, en concordancia con el propio DLOETV, lo que se confiere a los beneficiarios de unidades habitacionales construidas y asignadas en el marco de este programa social, es sin lugar a dudas un derecho de propiedad plena e indiscutible, así como que la mayor parte de esos beneficiarios ya contaban con sus correspondientes títulos de propiedad, otorgados conforme al régimen jurídico en referencia.

Por otra parte, los ataques formulados desde el sector oficial al contenido y planteamientos de este Proyecto se dirigieron a señalar que lo pretendido con su aprobación era derogar las disposiciones de la LEY PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE BIENES INMUEBLES EN LOS CASOS DE EXPROPIACIONES DE EMERGENCIA CON FINES DE POBLAMIENTO Y HABITABILIDAD, con el fin de poder exigir por los terrenos e inmuebles que ya habían sido ocupados por el Ejecutivo para la construcción de proyectos habitacionales, valores de mercado que harían muchísimo más costosa la ejecución de los mismos, poniendo en evidencia que la pretensión oficial en este punto ha sido siempre pagar un justiprecio artificial y ruinoso por los terrenos e inmuebles que han venido siendo objeto de medidas de privación coactiva de la propiedad a estos fines.

Por último y también en el marco de esta misma campaña, se llegó a indicar que el objetivo real del Proyecto era volver a hacer de la vivienda un bien libremente comercializable y un lucrativo negocio para el sector privado, poniendo en riesgo la estabilidad en la tenencia de aquellos beneficiarios a quienes ya les había sido adjudicada una unidad habitacional en el marco del programa, agregando que la verdadera preocupación de los impulsores del Proyecto, más que el reconocimiento de propiedad plena a los beneficiarios (que ya la tienen, según el sector oficial), era indemnizar a los privados afectados por las medidas de privación coactiva de la propiedad que permitieron al Estado hacerse de los terrenos e inmuebles en los cuales se han venido ejecutando los distintos proyectos habitacionales.

No cabe duda que el vocero más conspicuo de esta campaña oficial fue RICARDO MOLINA, quien para entonces era diputado de la ASAMBLEA NACIONAL por el PSUV y anteriormente se había desempeñado como MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA VIVIENDA Y HÁBITAT. A su parecer:

*“El primer problema de esa ley es la pretensión de engaño, yo la llamo la ley disfraz que en realidad es una ley de expropiación al pueblo, primero que es un refrito porque ya existe la Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Viviendas y la Ley del Régimen de Propiedad para las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela” (...) “bajo ese nombre lo que en realidad ocultan es que quieren mercantilizar la vivienda, lo que quieren es que aquellas personas que en justicia, con la aplicación de la Constitución y las leyes que creó el comandante Chávez, pudieron adquirir una vivienda a precios justos, ahora esas personas puedan venir con la aprobación de esta ley y exigir que se les pague lo que ellos aspiren”.*⁶⁵

*“La Misión Vivienda es un proyecto social y ellos (la oposición) quieren convertirlo en un proyecto capitalista donde sea más importante cuánto vale la vivienda que la seguridad de la familia y el hogar” (...) “es una ley que liberaliza el precio de los terrenos y si esto sucede no se pueden seguir construyendo porque el dinero destinado a la compra de materiales se tendría que destinar a la compra del terreno donde se construiría la Misión Vivienda” (...) “son propias y heredables. Lo que no pueden hacer (sus propietarios) es venderlas a precios exorbitantes. Deben ser vendidas a precio justo. La oposición lo que quiere es sacar a la gente de ahí y obligarlos a vivir en los cerros y las quebradas en las afueras de la ciudad”.*⁶⁶

65 Declaraciones rendidas por el diputado Ricardo Molina, recogidas por el medio digital “Noticia al Día”, el 29 de enero de 2016. Cfr. <http://noticiaaldia.com/2016/01/molina-segunda-discusion-de-la-ley-de-propiedad-de-la-gmvv-debe-ser-popular/>.

66 Declaraciones rendidas por el Diputado Ricardo Molina, recogidas por “El Universal”, el día 2 de febrero de 2016. Cfr. <http://www.eluniversal.com/>

“la puesta en marcha de una ley como la que ellos (diputados opositores) promueven en la Asamblea Nacional, mataría la Gran Misión Vivienda Venezuela y limitaría la accesibilidad a los terrenos para la construcción de nuevos hogares para el pueblo” (...) “la verdadera intención de la derecha venezolana es derogar la Ley Para la Determinación de Justiprecio de los Terrenos para las Viviendas y así poder colocarlos en el mercado inmobiliario especulativo” (...) “esto implicaría financieramente destinar, en lugar de 343 mil millones de bolívares estimado hasta el 2019 para adquirir terrenos de acuerdo a las leyes aprobadas por el comandante Hugo Chávez, con esta nueva ley sería necesario disponer de 34 billones 173 mil millones de bolívares para poder adquirir un terreno el cual es imposible y condenaría al pueblo venezolano otra vez a los peores terrenos, a las zonas marginales y les negarían de nuevo el derecho a la ciudad” (...) “La verdadera intención de la Asamblea adeco burguesa, es limitar el acceso a la vivienda por parte de nuestro pueblo, limitar al Gobierno Revolucionario para que no pueda seguir construyendo viviendas y favorecer al sector inmobiliario privado que vieron afectado sus negocio con los terrenos y que ahora vienen por el pueblo y desde el bloque de la patria no lo vamos a permitir”⁶⁷.

“No es verdad que la familia no puede vender su vivienda. En ninguna parte de la ley dice que no pueden vender su vivienda. Por supuesto que la pueden vender, sólo que no la puede vender al precio del mercado especulativo. La puede vender a la inmobiliaria nacional en el marco del precio justo inmobiliario” (...) “Por supuesto que la pueden heredar. Eso está establecido en la ley. Si el miembro principal fallece, su grupo familiar puede heredar la vivienda, sólo que no es una vivienda para comerciar, para vacacionar, es una casa para vivir” (...) “las condiciones para entregar

noticias/economia/molina-aprueba-ley-propiedad-gmvv-construiremos-mas_7290.

67 Declaraciones rendidas por el Diputado Ricardo Molina, recogidas por el medio digital “Noticia al Día”, el 7 de abril de 2016. Cfr. <http://noticiaaldia.com/2016/04/molina-aplicacion-de-ley-de-propiedad-de-viviendas-haria-inviabile-la-gmvv/>.

el título de propiedad de la vivienda es que sea una familia que nunca haya obtenido atención en materia habitacional por parte del Estado, luego está el documento de propiedad familiar donde están los datos precisos de la familia y la propiedad multifamiliar, donde toda la familia es dueña del terreno que no tiene ningún valor" (...) "se establece el precio de la vivienda, las condiciones de pago, las tasas de interés, el lapso de pago, las cuotas mensuales que deben cumplir para poder seguir reinvertiendo en la Gran Misión Vivienda. Esto se firma en un registro inmobiliario y la familia ya obtiene su título de propiedad".⁶⁸

Ya en las secciones anteriores de este estudio han quedado puestas de manifiesto las razones por las cuales, contrariamente a lo indicado por los voceros oficiales en sus críticas a este Proyecto, no es cierto que tanto el DLOETV como la LRPGMVV establezcan, en forma clara e inequívoca, que lo que se confiere a los beneficiarios de unidades habitacionales en el marco de la GMVV sea un derecho de propiedad plena, pura y simple, pues basta acudir al texto de las disposiciones relevantes de ambos instrumentos para apreciar que lo que se les confiere en realidad es una facultad mediatizada y precaria, sometida a un grado máximo de incertidumbre, no sólo en cuanto a la facultad de disponer del derecho mismo (artículo 8.4 DLOETV), sino incluso en cuanto a la circunstancia determinante de su adquisición o consolidación (artículo 4 DLOETV, al definir adjudicatario).

También cabe destacar que esa errónea afirmación según la cual la única limitación impuesta a los adjudicatarios consiste en que durante los cinco (5) años siguientes a la fecha de adjudicación, solo pueden vender sus unidades habitacionales a la empresa pública estatal INMOBILIARIA NACIONAL, S. A., y no a precio de mercado, en realidad es el resultado de una

68 Declaraciones rendidas por el Diputado Ricardo Molina, recogidas por el medio digital "Noticiero Digital", el 14 de enero de 2016. Cfr. <http://www.noticierodigital.com/2016/01/dos-preguntas-clave-sobre-los-titulos-de-propiedad-de-la-gmvv-hablan-molina-y-borges/>.

errónea interpretación de la RESOLUCIÓN N° 061, dictada por el MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA VIVIENDA Y EL HABITAT el 27 de mayo de 2013,⁶⁹ referida únicamente a las viviendas que forman parte de urbanismos intervenidos o expropiados por el Ejecutivo Nacional en el marco de la mal denominada estafa inmobiliaria, sin que tal limitación resulte predicable con carácter general respecto de todas las unidades adjudicadas en el marco de la GMVV.

Por último, merece ponerse de relieve especialmente la insistencia que se hace en cuanto a la necesidad de imponer valores deprimidos e irreales, auténticamente ruinosos y viles, a los fines de la indemnización a ser pagada a los propietarios de terrenos ocupados por el propio Ejecutivo para el desarrollo de proyectos habitacionales en el marco de este programa, para lo cual resulta altamente reveladora la afirmación según la cual, cualquier pretensión de aplicar los criterios para la determinación de una justa indemnización establecidos tanto en el artículo 115 de la Constitución como en la LECUPS, *“implicaría financieramente destinar, en lugar de 343 mil millones de bolívares estimado hasta el 2019 para adquirir terrenos de acuerdo a las leyes aprobadas por el comandante Hugo Chávez, con esta nueva ley sería necesario disponer de 34 billones 173 mil millones de bolívares para poder adquirir un terreno”*.

De manera, pues, que para el sector oficial, no hay conciencia alguna en cuanto a que, mientras no se resuelva satisfactoriamente lo concerniente a una correcta y justa indemnización a los titulares privados de terrenos afectados por medidas de ocupación arbitraria de la propiedad, con el fin de destinarlos a la ejecución en ellos de proyectos habitacionales en el marco de la GMVV, no habrá formal alguna de poder conferir a los adjudicatarios de las unidades así edificadas la titularidad de un derecho de propiedad plena, pura y simple, como la que, según

el Ejecutivo, se les ha conferido ya, cuando la verdad es que, por esta precisa razón, ello resulta jurídicamente imposible.

3. La apresurada emisión de las Normas para la Protocolización de Documentos en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela

Especialmente reveladora del nerviosismo y de las dudas que generó en el propio sector oficial la presentación de este Proyecto de Ley, fue su reacción al aprobar, a pocos días del anuncio y del inicio del debate público sobre este tema, la RESOLUCIÓN CONJUNTA N° 037, adoptada el 28 de enero de 2016 por los MINISTERIOS DEL PODER POPULAR PARA LAS RELACIONES INTERIORES, JUSTICIA Y PAZ Y PARA VIVIENDA Y HÁBITAT⁷⁰ y contentiva de las NORMAS PARA LA PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL MARCO DE LA GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de estas Normas, el objeto de las mismas es *“regir la inscripción, registro y protocolización de los documentos destinados al otorgamiento de la **propiedad de los terrenos, viviendas y bienes de uso y disfrute común** de la Gran Misión Vivienda Venezuela”, a lo cual agrega el artículo 2 que sus disposiciones serán aplicables en todo el territorio nacional, “únicamente a todos aquellos actos que tengan por como finalidad la regularización de la propiedad a favor de los Órganos y Entes del Estado pertenecientes al Sistema Nacional de Vivienda, o la transmisión de la propiedad a las familias que resulten adjudicadas en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela”.*

A tal efecto y luego de declarar (artículo 3) como *de urgencia* la inscripción y registro de los documentos contentivos de los actos jurídicos a los cuales se refieren los artículo 1 y 2, el artículo 4 de estas normas dispuso que el Ministerio con competencia en materia de Registros y Notarías habilitara la instalación

70 Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.838, del 28 de enero de 2016.

de Oficinas de Registros Públicos Especiales en todo el territorio, las cuales quedaron sujetas a actuar conforme a los principios establecidos en el artículo 5 de ese mismo instrumento, destacando especialmente el que postula que deben hacerlo “*teniendo en cuenta que la transmisión de propiedad que se hace en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela, tiene una función social y no de mercado*”.

Adicionalmente a lo anterior, cabe destacar que el artículo 9 de estas Normas hace mención a los “*documentos de propiedad familiar y multifamiliar a los que se refiere el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen de Propiedad de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela (...) así como cualquier otro documento o acto que resulte necesario para regularizar los inmuebles en posesión de los beneficiarios de las viviendas construidas en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela*”, a lo cual se suma el contenido del artículo 13 de este mismo instrumento, que alude expresamente al régimen jurídico especial de propiedad de las viviendas de la GMVV.

De cara al tenor literal de estas normas, cabe señalar que su contenido pone especial énfasis en una realidad a la cual hace falta atender; a saber: la necesidad de regularizar la transmisión de la propiedad, no sólo de los terrenos en los cuales hayan sido y sigan siendo ejecutados proyectos habitacionales en el marco de este programa social, sino también de las unidades habitacionales mismas que se hayan construido en ejecución de tales proyectos y de las cosas y bienes comunes a todos los adjudicatarios, poniendo en evidencia algo que, en buena medida, hecha por tierra el discurso oficial: salvo excepciones, la inmensa mayoría de esos adjudicatarios, e indudablemente aquellos cuyas unidades han sido edificadas sobre terrenos privados que simplemente han sido ocupados coactivamente por el Estado, sin resolver definitiva y satisfactoriamente lo concerniente a la transferencia de la titularidad del derecho de propiedad sobre tales bienes, NO SON PROPIETARIOS Y ES NECESARIO HACER QUE LO SEAN.

Y es precisamente a tal fin que se ha dispuesto la instalación y puesta en marcha de un conjunto de registros especiales, destinados a imprimir mayor celeridad y capacidad de atención a los eventuales requerimientos de inscripción y protocolización de los documentos que se generen, lo cual, en muy buena medida, puede ser interpretado como una acción reactiva y de urgencia (artículo 3), producida como respuesta el cuestionamiento derivado de una realidad inocultable: la falta de otorgamiento, en la inmensa mayoría de los casos y a beneficio de los adjudicatarios, de los documentos acreditativos de la titularidad de un derecho de propiedad plena, pura y simple sobre las unidades habitacionales que le habían sido simplemente adjudicadas, en los términos y con las limitaciones impuestas por ese régimen jurídico especial de propiedad enunciado en el artículo 13 de estas normas y contenido tanto en el DLOETV como en la LRPGMVV, sin facultad de disposición y sin certeza en cuanto al evento o circunstancia que determina la adquisición o consolidación del derecho por parte del adjudicatario.

Pero a lo que no ofrecen respuestas estas normas, ni el resto de las disposiciones del régimen jurídico especial de este programa social (GMVV), es a la única cuestión cuya adecuada solución resulta indispensable para poder estar en posesión de conferir propiedad plena, pura y simple a los adjudicatarios de unidades habitacionales construidas en el marco del mismo; a saber: la adopción de los mecanismos institucionales destinados a lograr que la titularidad del derecho de propiedad sobre los terrenos e inmuebles ocupados arbitrariamente para la ejecución de proyectos habitacionales en el marco del programa, pueda ser trasferida al estado satisfactoriamente y conforme a Derecho, mediante el pago de una justa indemnización, en los términos establecidos tanto por el artículo 115 de la Constitución como por la LECUPS.

Y sin haber resuelto previa y satisfactoriamente este aspecto, será jurídica y materialmente imposible poder otorgar

e inscribir registralmente los documentos destinados a regularizar la transmisión de la propiedad, en los términos indicados por las normas que se comentan, al menos por lo que respecta a las soluciones habitacionales edificadas en terrenos respecto de los cuales no se haya producido tal regularización.

4. El contenido final que terminó dándose a la Ley sancionada

Finalmente, luego del debate correspondiente, el 13 de abril de 2016 la ASAMBLEA NACIONAL terminó sancionando la LTPG-MVV.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el texto definitivo de esta Ley no llegó a ser publicado en Gaceta Oficial, por lo que la versión final de la misma se conoce por la transcripción que de ella se hizo en el cuerpo del fallo emitido por la SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA el 6 de mayo de 2016, declarando su nulidad.

Al acudir al contenido definitivo de la Ley se aprecia que, más allá de la adopción de algunas disposiciones de corte populista,⁷¹ en ella se mantuvo prácticamente sin modificaciones el régimen jurídico propuesto en el Proyecto para la creación de esa COMISIÓN PARLAMENTARIA ESPECIAL (CPE), la cual tendría a su cargo la ejecución de las tareas ya descritas en anterior punto de esta misma sección del presente estudio, destinadas precisamente a regularizar, satisfactoria y adecuadamente (conforme a Derecho), lo concerniente a la transferencia al Estado de la titularidad de los terrenos e inmuebles sobre los cuales hubieran sido edificadas soluciones habitacionales en el marco de este programa (artículo 27).⁷²

71 Como la condonación general de deudas a los beneficiarios de la GMVV, contenida en la Disposición Transitoria Segunda de este texto.

72 En efecto, la única modificación introducida a este respecto consiste en haber atribuido a dicha CEP, no la conducción directa del proceso de negociación destinado a alcanzar un arreglo amigable con los propietarios

Sin embargo, sorprende profundamente el cambio notable -y absolutamente equívoco, a nuestro entender- que introdujo la Ley en su artículo 21, cuando luego de ordenar al órgano o ente público competente y ejecutor de cada proyecto que, de manera inmediata e incondicional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de dicho texto, procediera a emitir, suscribir y protocolizar, por ante la Oficina de Registro Público Inmobiliario correspondiente, los documentos mediante los cuales se atribuyera a los beneficiarios de unidades habitacionales construidas en el marco de la GMVV y de otros programas sociales similares, el derecho de propiedad plena sobre las mismas, dispuso expresamente lo siguiente:

“Artículo 21.- La emisión, suscripción y protocolización de los documentos de propiedad a los cuales se refiere esta Ley, se llevará a cabo con independencia de la situación o del estado en el cual se encuentre el proceso relativo a la adquisición por parte del órgano o ente público ejecutor competente de la titularidad del derecho de propiedad sobre los terrenos en los cuales hayan sido ejecutados los proyectos habitacionales correspondientes, siendo obligación del órgano o ente público ejecutor competente continuar y culminar los procedimientos que le permitan, de conformidad con el derecho positivo vigente, adquirir el derecho de propiedad sobre tales terrenos e indemnizar debidamente a los afectados por la privación coactiva de la cual hayan sido objeto (énfasis añadido).

de terrenos ocupados arbitrariamente y sobre los cuales hubieran sido edificadas soluciones habitacionales en el marco de la GMVV, sino la elaboración de un *Informe* con los resultados del análisis correspondientes a la situación jurídica de cada uno de los terrenos en los cuales hubieran sido edificados esos complejos, el cual debía ser remitido al Ministerio con competencia en materia de vivienda para que fuera el Ejecutivo Nacional quien, con base en dicho Informe y dentro de los seis (6) meses siguientes a la recepción del mismo, condujera el proceso de convocatoria de los afectados a la fase de arreglo amigable.

A estos efectos, no resultarán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 1.483 y 1.885, numeral 1, del Código Civil vigente, y 463 numeral 6, del Código Penal.

No cabe duda que con la inclusión de esta disposición, la ASAMBLEA NACIONAL puso de manifestó haber cedido ante la presión derivada de las críticas manifestadas por el sector oficial frente al Proyecto de Ley, especialmente aquellas dirigidas a sostener que lo pretendido realmente con este instrumento era resolver el problema de los propietarios de terrenos afectados para la construcción de viviendas en el marco de la GMVV, más que el otorgamiento de títulos de propiedad a los beneficiarios de este programa social.

Y así, en un acto de mero voluntarismo político, la ASAMBLEA NACIONAL decidió, con la inclusión de esta disposición, quebrantar el orden y la secuencia lógica impuesta por las más elementales exigencias de respeto a los derechos fundamentales al debido proceso y a la propiedad, previstos y protegidos en los artículos 49 y 115 de la Constitución, respectivamente, pretendiendo separar y anteponer absurdamente, mediante una mera *ficción*, la posibilidad de otorgar a los beneficiarios del programa la titularidad del derecho de “*propiedad*” (así, entre comillas) sobre las unidades habitacionales adjudicadas a los mismos, sin antes haber resuelto satisfactoriamente y conforme a Derecho lo concerniente a la situación jurídica de los propietarios de los terrenos e inmuebles sobre los cuales fueron edificadas, arbitrariamente y en contra de su voluntad, tales unidades habitacionales.⁷³

En efecto, de conformidad con el orden jurídico vigente (artículos 49 y 115 de la Constitución, en concordancia con

73 Lo dicho en el texto cobra mayor relevancia y gravedad si se tiene en cuenta que, al igual que lo hace actualmente la LRPGMVV (artículo 2), esta LTPGMVV (artículo 17) también planteaba la no aplicación en este ámbito del régimen jurídico general contenido en la LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

las disposiciones de la LECUPS), la suscripción de un arreglo amigable, como auténtica transacción extrajudicial, o en su defecto la emisión de una decisión judicial firme en la cual se declare procedente la expropiación, como medio de privación coactiva de la propiedad, junto con el pago (en cualquiera de esos casos) de la justa indemnización, constituyen actos previos e indispensables para que quien invoca actuar en ejercicio del Poder Público, por razones de Utilidad Pública o Social, pueda adquirir legalmente y aún en contra de la voluntad de su titular, el derecho de propiedad sobre bienes muebles, inmuebles u otros derechos que ostente un sujeto privado afectado por el decreto y ejecución de este tipo de medidas, de manera que solo después (nunca antes) de haberse configurado válidamente estos actos jurídicos (transacción extrajudicial bajo la forma de arreglo amigable, o alternativamente, sentencia judicial firme declarando procedente la expropiación y pago oportuno de justa indemnización), es que puede considerarse que ha operado jurídicamente la transferencia del derecho de propiedad, desde la esfera jurídica del afectado hacia la del ente público expropiante (artículos 115 de la Constitución y 46 LECUPS).

Y es solo después (nunca antes) de haberse perfeccionado esa operación de transferencia legítima y conforme a Derecho de la propiedad, que el ente público del cual se trate puede considerarse como auténtico e indiscutible propietario del bien o derecho expropiado, con efectos *erga omnes*, siendo solo después (nunca antes) de haberse perfeccionado esa operación que el nuevo titular del derecho de propiedad puede transferir a su vez, a uno o varios tercero (total o parcialmente), el derecho del cual es titular.

Esa es la secuencia u orden lógico y jurídico impuesto por las más elementales exigencias derivadas del ineludible respeto, tanto al derecho de propiedad y a la garantía expropiatoria contemplada en el artículo 115 de la Constitución (sentencia firma y pago oportuno de justa indemnización), como al derecho

al debido proceso establecido en el artículo 49 del mismo Texto Fundamental.

Pues bien, fue precisamente esa secuencia u orden lógico el que pretendió ser alterado a través de las disposiciones sobre "expropiación especial", contenidas en el DLOETV, así como por las disposiciones de la LRPGMVV que, sin haber resuelto definitiva y satisfactoriamente (conforme a Derecho) lo concerniente a la privación coactiva de la titularidad del derecho de propiedad de los propietarios de terrenos sobre los cuales fueron edificados (en contra de su voluntad) complejos habitacionales, pretenden hacer posible el otorgamiento de títulos de "propiedad" a los beneficiarios de unidades integradas en tales complejos.

Por tanto, cabe concluir que, con la LTPGMVV, la ASAMBLEA NACIONAL terminó dándole la razón a quienes, desde el sector oficial, adujeron que ya existía un régimen jurídico especial en materia de titularidad del derecho de propiedad para los beneficiarios de la GMVV, pues lejos de diferenciarse del régimen establecido tanto en el DLOETV como en la LRPGMVV, terminó adoptando la misma solución viciada y ficticia.

Y si bien es cierto que a diferencia de lo establecido en esos 2 últimos instrumentos, la LTPGMVV se ocupó de precisar expresamente que el derecho a ser conferido a los beneficiarios del programa es un derecho de propiedad plena (artículos 1 y 4.1), que comprende la facultad de disposición (artículo 23), lo cierto es que al contemplar como lo hizo en su artículo 21 la posibilidad de otorgar tales títulos a los beneficiarios de unidades habitacionales, sin que se haya resuelto previa y satisfactoriamente (conforme a Derecho) lo concerniente a la privación coactiva de la propiedad de los terrenos sobre los cuales fueron construidas tales unidades, este nuevo instrumento repite el mismo error cometido en el diseño del régimen jurídico plasmado tanto en el DLOETV, como en la LRPGMVV, pues hasta que esa exigencia no se cumpla debidamente, cualquier

facultad que se confiera a los beneficiarios o adjudicatarios de unidades habitacionales construidas en el marco de este programa, pero sobre terrenos o inmuebles que siguen siendo aún de propiedad privada, podrá tener otras características, contenido y entidad, pero no las de un derecho de propiedad plena, en los términos establecidos en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

VI. LA DECISIÓN EMITIDA POR LA SC-TSJ, DECLARANDO LA NULIDAD DE LA LTGMVV

Tan solo diez (10) días después de haber sido sancionado por la ASAMBLEA NACIONAL el texto de esta nueva LTPGMVV, el PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, mediante escrito presentado el 23 de abril de 2016, solicitó a la SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 214 de la Constitución, se pronunciara sobre la nulidad por inconstitucionalidad de la misma.

La decisión correspondiente fue emitida por dicha Sala el día 6 de mayo de 2016 y en ella se declaró la nulidad por inconstitucionalidad de dicho texto legal.

Más allá de los argumentos dirigidos a cuestionar la observancia o no de disposiciones relativas a la emisión de informes preceptivos y a la evacuación de consultas públicas durante el proceso de formación de la Ley, interesa muy especialmente, a los fines que nos ocupan en el presente estudio, abordar lo expuesto por la Sala al analizar lo concerniente a la naturaleza, límites y alcance con que cuenta el derecho que, en el marco del régimen jurídico encargado de regular el funcionamiento de la GMVV, se le confiere a quienes resultan beneficiados como adjudicatarios de unidades habitacionales conforme a dicho programa:

“el derecho a la vivienda encuentra su punto nodal en la satisfacción de una necesidad básica de todas las familias de tener un lugar donde habitar, que el mercado inmobiliario, al concebirla como una mercancía y su producción como un negocio solo permite su acceso a quienes tienen la capacidad económica para adquirirla y no como el derecho humano que el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia está obligado a garantizar a todos los ciudadanos; de ahí, la obligación que tiene el Estado de implementar políticas públicas eficaces de protección que permitan que todas las familias, independientemente de su capacidad económica, puedan acceder a una vivienda digna, mientras que el derecho de propiedad resguarda la libertad de los ciudadanos de disponer de bienes materiales sin que se les perturbe en el ejercicio de dicha libertad.

Se observa que la regulación legal que se haga de las unidades habitacionales dentro del marco de las políticas públicas para satisfacer el derecho a una vivienda digna no excluye el derecho a la propiedad, pero debe protegerse el acceso y mantenimiento del ejercicio del derecho social con adecuación a cada situación familiar, para que una vez cumplidas cada una de las fases de las obligaciones adquiridas, por una parte por el Estado y por la otra por los beneficiarios, esta propiedad se transfiera del Estado a la familia adjudicataria, evitando que ésta, en virtud de su vulnerabilidad económica, se vea presionada a ceder su derecho de propiedad para satisfacer otras necesidades materiales en menoscabo del derecho a la vivienda que el bien inmueble adjudicado por el Estado está llamado a cumplir en razón de su función social.

Así pues, toda propiedad tiene una función social y en el caso de las unidades habitacionales que el Estado ha destinado a garantizar el derecho a la vivienda de las familias la misma se circunscribe a cumplir con dicho fin, por lo que debe excluirse la posibilidad de que los destinatarios de estos planes sociales puedan verse privados de su derecho a la

vivienda por razones económicas que impliquen la transmisión de la tenencia del inmueble a través de los mecanismos especulativos del mercado.

Es así, que la propiedad de un inmueble específicamente destinado dentro de las políticas estatales para garantizar el derecho social de las familias de acceder a una vivienda digna debe tener limitaciones que impidan que la disposición de la misma desnaturalice su función social, impidiendo que se trate como cualquier objeto del comercio que pueda negociarse libremente en el mercado sin una protección reforzada del derecho que está llamada a satisfacer; de lo contrario, el derecho constitucional a una vivienda digna podría ceder ante el ejercicio del derecho a la propiedad si no cuenta con una protección reforzada para la familia a la que se le adjudicó el inmueble, razón por la cual estos dos derechos en principio compatibles resultarían contrapuestos.

Esto no quiere decir, que la Sala no permita la propiedad individual, por el contrario deben coexistir las distintas formas de propiedad (individual, colectiva, familiar, multifamiliar, comunal, agraria y la indígena), respetando los principios y derechos consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que el contenido del derecho a la vivienda es un valor superior del Estado de preeminencia de los derechos humanos, enmarcado en la dignidad humana y la justicia social (Ver sentencias Nros. 1317/2011 y 1771/2011, respectivamente).

Es por ello, que el otorgamiento de títulos de propiedad sobre las unidades de vivienda adjudicadas dentro del marco de las políticas sociales del Estado, solo puede darse mediante un sistema que rigurosamente garantice que las familias no puedan verse privadas del ejercicio del derecho a la vivienda por la disposición del derecho a la propiedad con fines distintos al

***que está ligado el bien inmueble**, es decir su función social que garantizar una vivienda digna de interés social, razón por la cual esta finalidad se constituye en un límite intrínseco del derecho de propiedad sobre tales inmuebles.*

En este sentido, una legislación que anteponga la libre disponibilidad del bien sobre la función social que tiene una unidad habitacional adjudicada por el Estado para garantizar el derecho de las familias de acceder a una vivienda digna, resulta contraria a los principios rectores del Estado venezolano constituido como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y por tanto deviene inconstitucional y como tal nula. Así se declara” (Énfasis añadido).

Fue con arreglo a esta argumentación que la Sala consideró inconstitucional la LTPGMVV, especialmente en lo atinente a la inclusión de previsiones como los artículos 2, 9 y 23 de dicho texto, que lejos de imponer límites o restricciones al atributo de *disposición*, la declararon plenamente viable y ejercible por parte de quienes resultaran beneficiados con la adjudicación de una unidad habitacional en el marco de este programa, pues para la SALA CONSTITUCIONAL:

*“en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia si bien no son incompatibles los derechos a una vivienda digna y el de propiedad, los mismos se contraponen sí: el ejercicio del segundo pone en riesgo el primero, por lo que, **es necesario que la legislación imponga límites claros al ejercicio del derecho de propiedad por cuanto es el Estado quien debe garantizar el acceso de las familias a una vivienda digna y no el mercado, que en esencia redistribuye los bienes que en él se encuentran sin ninguna valoración ética en favor de los que tienen mayores capacidades económicas para dominarlo, por lo que ciertos bienes, como la vivienda, por su función social deben estar protegidos del libre juego de la oferta y la***

demanda, especialmente si se trata de inmuebles que han sido financiados y ejecutados con un fin social específico por el Estado” (Énfasis añadido).

Pues bien, más allá de lo que pueda aducirse (a favor o en contra) frente a la argumentación expuesta como fundamento de este peculiar fallo, incluyendo el advertir que con él se está dando plena vigencia y aplicación efectiva a esas especiales y mitigadas versiones de propiedad que ya fueron planteadas en el marco de la reforma constitucional rechazada por el pueblo venezolano en el año 2007, lo cierto es que a pesar de los esfuerzos hechos desde el sector oficial para afirmar y porfiar insistentemente que lo que se confería a los beneficiarios de la GMVV es un derecho de propiedad plena, pura y simple, no cabe duda que la SALA CONSTITUCIONAL se ha encargado de desmentar esa farsa y de aclarar que ello no es cierto en modo alguno, pues en el marco del régimen jurídico aplicable a este especial programa social (GMVV), resulta esencial -en su criterio- privar a los adjudicatarios de unidades habitacionales de una facultad esencial de todo propietario pleno, puro y simple, como lo es la facultad de disposición.

Ahora bien, ya en anterior sección de este mismo estudio, al analizar lo concerniente al régimen jurídico general anterior a la aparición de este régimen especial encargado de regular el funcionamiento de la GMVV, pudimos ver cómo en términos generales y más allá del resultado que arroje la gestión real desplegada por el Estado en este ámbito, el otorgamiento de plena propiedad a los beneficiarios sobre unidades habitacionales construidas o adquiridas en el marco programas oficiales, había venido siendo la principal modalidad establecida en dicho régimen jurídico general, apreciándose incluso que, sin descartar el uso de otras figuras como el arrendamiento, el comodato o la enfiteusis, era posible identificar una tendencia más proclive o favorable a la atribución de plena propiedad a los beneficiarios sobre sus viviendas, como opción prevalente

frente a lo que revela el tratamiento del tema en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Y aunque en esos textos legales generales y anteriores a la aparición de este régimen especial para la GMVV, también se aprecia preocupación por lograr que los beneficiarios de unidades habitacionales las destinaran efectivamente a la satisfacción de sus necesidades de vivienda y no a disponer de ellas para satisfacer otras necesidades, fue notorio cómo en ellos se optó por contemplar mecanismos que, sin desnaturalizar la condición de propietario pleno atribuida al beneficiario y sin privarlo de su facultad de disposición, permitieran fijar ciertos límites o condicionantes al ejercicio por ellos de esa facultad (disposición), pero no de manera indeterminada o ambigua, sino mediante mecanismos que respondían a criterios objetivos, cónsonos con las más elementales exigencias derivadas del principio de seguridad en la tenencia, como es el caso de la consagración del derecho preferente en favor del Estado, durante un determinado período, para adquirir la unidad a ser vendida por el propietario beneficiado.

En lugar de ello, la Sala optó por convalidar la imposición de límites categóricos y absolutos al ejercicio de la facultad de disposición por parte de los adjudicatarios de unidades construidas en el marco de la GMVV, señalando -falsamente, por lo demás- que en el marco del estado social y democrático de Derecho y de justicia, el derecho de propiedad plena, pura y simple, y específicamente de la facultad de disposición inherente a todo verdadero propietario, pone en riesgo el derecho a la vivienda, especialmente cuando se trata de satisfacer tal derecho a través de programas oficiales de construcción de vivienda como la GMVV, haciendo necesario que se impongan límites al ejercicio de dicha facultad.

Pero lo que en modo alguno dice o aclara el fallo en referencia es que, eso mismos instrumentos internacionales invocados como pretendido fundamento de la decisión y ya

analizados al inicio de este estudio, en los cuales se identifican las diferencias que existen entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad y se aclara que ésta última no es la única vía de satisfacer aquél derecho, también exigen y cargan el acento, de manera por demás categórica, en la necesidad de brindar a quien habite cualquier unidad construida o adquirida en el marco de programas oficiales, un valor fundamental o esencial a los fines de la adecuada satisfacción de ese derecho fundamental (derecho a la vivienda); concretamente, la **seguridad en la tenencia**.

Se trata de un valor indispensable para evitar que quien ha sido beneficiado en el marco del algún plan de acción pública en este especial ámbito y ocupa una unidad habitacional en condición de propietario, arrendatario, comodatario, enfiteuta o por cualquier otro título, no sea expuesto a situaciones en las cuales la precariedad con la cual ocupa el inmueble o unidad habitacional que le haya sido asignada por la acción oficial, pueda ser usada en su contra como amenaza, especialmente por razones políticas.⁷⁴

Una cuestión respecto de la cual guarda silencio el fallo que se comenta.

74 Cabe reiterar aquí lo dicho en anterior nota al inicio del presente estudio, en cuanto a lo que ocurrió precisamente en el marco de la GMVV, y más específicamente luego de los resultados obtenidos por el oficialismo en la elección de diputados a la ASAMBLEA NACIONAL celebrada en diciembre de 2015, de cara a los cuales el mismo PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, en alocución transmitida en cadena nacional de radio y televisión, al referirse concretamente a la ejecución de este programa social, expresó: *“Yo quería construir 500 mil viviendas el próximo año, yo ahorita estoy dudando pero no porque no pueda construir, yo lo puedo construir, pero te pedí tu apoyo y no me lo diste”* (Ver en tal sentido: <https://www.youtube.com/watch?v=BmsQm05-Zto>).

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se han analizado los distintos instrumentos normativos que conforman el régimen jurídico especial encargado de regular el funcionamiento de la GMVV, con un objetivo muy preciso: determinar cuál es el verdadero sentido y alcance del tratamiento que recibe en dicho régimen el derecho de propiedad, pero no sólo desde la perspectiva de los titulares que lo han venido ejerciendo sobre los inmuebles o terrenos que fueron afectados por actuaciones (jurídicas o meramente materiales) de distintos órganos y entes públicos, para destinarlos a la ejecución de edificaciones en el marco de este programa social, sino también desde la óptica de la situación jurídica de los beneficiarios finales o adjudicatarios de unidades habitacionales.

En cuanto a lo primero, no cabe duda que el ya distorsionado y precario contenido de este peculiar régimen jurídico, unido a las gravísimas arbitrariedades en las cuales han venido incurriendo los distintos órganos y entes públicos que han tenido a su cargo aplicarlo, han determinado que, con algunas excepciones, prácticamente en la totalidad de los desarrollos habitacionales que han sido edificados en el marco de este programa sobre terrenos de propiedad particular, coactivamente y en contra de la voluntad de quienes siguen siendo legítimos propietarios de los mismos, no se ha cumplido aún con todos los requisitos, procedimientos y formalidades exigidos por el Derecho positivo vigente para lograr, conforme a Derecho, que se transfiera al Estado la titularidad del derecho de propiedad que aún ostentan tales propietarios sobre esos terrenos.

En cuanto a lo segundo, también queda claro que a pesar de la absurda insistencia del Ejecutivo Nacional, en el sentido de afirmar que lo se confiere a los eventuales beneficiarios o adjudicatarios ocupantes de unidades habitacionales en el marco de este programa, es un derecho de *propiedad plena*,

lo cierto es que una detenida lectura de las disposiciones pertinentes, contenidas en distintos textos normativos reguladores de este programa, pone de manifiesto que, en realidad, se trata de un derecho sui generis, bastante más precario y mutable, que no se corresponde con los atributos fundamentales del derecho de propiedad, al menos en los términos en que ha sido consagrado por el artículo 115 del Texto Fundamental, y cuya posterior mutación y consolidación definitiva a un verdadero derecho de propiedad, no se hace depender de parámetros del todo objetivos y concretos, afectando de manera substancial la seguridad jurídica en la tenencia, entendida como la certidumbre y estabilidad con la cual debe contar el beneficiario de soluciones habitacionales sobre su permanencia en el inmueble asignado.

Así fue puesto en evidencia por la SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, cuando al declarar la nulidad de la LTPGMVV sancionada por la ASAMBLEA NACIONAL en 2016, invocando el tratamiento y alcance que se da a este tema en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, precisó que la adecuada satisfacción del derecho a la vivienda previsto en el artículo 82 Constitucional, no implicaba necesariamente conferir propiedad plena a los beneficiarios o adjudicatarios de programas públicos ejecutados para facilitar el disfrute de este derecho, echando así por tierra el discurso oficial que insistía en calificarlos como verdaderos propietarios, pero sin emitir pronunciamiento alguno en cuanto a un factor que, según la interpretación que se ha venido dando a esos mismos instrumentos internacionales invocados por la Sala como fundamento de su decisión, resulta sencillamente vital para una adecuada satisfacción al derecho a la vivienda: la obligación de conferir a los adjudicatarios del programa la debida seguridad jurídica en la tenencia de su vivienda, indispensable para evitar que quien ejerce ese derecho, y muy especialmente quien ha sido beneficiado en el marco de algún plan de acción pública en este especial ámbito, no sea expuesto a situaciones en las cuales la precariedad con la cual ocupa el

inmueble o unidad habitacional que le haya sido asignada por la acción oficial, pueda ser usada en su contra como amenaza, especialmente por razones políticas.

En todo caso, no parece haber conciencia alguna, ni en el sector oficial encargado del diseño y ejecución de este programa desde sus comienzos, ni en quienes desde la ASAMBLEA NACIONAL trataron infructuosamente de introducir reformas al mismo en 2016, que cualquier pretensión de otorgar a los beneficiarios del programa la condición de verdaderos propietarios de las unidades habitacionales que les sean adjudicadas (si ese fuera el caso), implica resolver obviamente, de manera previa y satisfactoriamente, la situación jurídica de quienes, en la inmensa mayoría de los casos, aún siguen siendo los titulares legítimos de los inmuebles o terrenos en los cuales fueron construidas esas soluciones habitacionales, pero que han sido privados coactiva y arbitrariamente de la posesión de los mismos mediante la acción de distintos órganos y entes públicos, en la inmensa mayoría de los casos sin cumplir ni siquiera con los pasos y requisitos básicos establecidos excepcionalmente a esos fines en los diferentes instrumentos legales sancionados para regular el funcionamiento de este programa, ya de por sí contrarios a las más elementales exigencias derivadas tanto del derecho al debido proceso contemplado en el artículo 49 de la Constitución, como de la garantía expropiatoria prevista en el artículo 115 del mismo Texto Fundamental.

¿INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER?

LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS MITOS

Gustavo Linares Benzo

*Profesor Agregado de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela*

“Ejemplo de ello podría ser ese profesor de una Facultad de Derecho que ha leído mucho, obras de distintas tradiciones jurídicas (precisamente, no se contenta con una sola, también por nuestro mismo sentimiento de inferioridad), pero no sabe discernir lo que conviene aquí en este momento. Vemos entonces cómo se producen leyes, formalmente bien hechas, inaplicables en el país porque no corresponden ni a la mentalidad ni al desarrollo cultural de sus destinatarios. Lo peregrino no es ni siquiera que esto ocurra, con frecuencia, sino que cuando se produce concluimos que la no aplicación de tales leyes es una desgracia adicional nuestra, como si la medida de lo bueno fuera tener ese tipo de ley determinada. En lugar de darnos cuenta de que buena ley es la que realmente ordena la vida y permite realizar la justicia”.

Rafael Tomás Caldera

Mentalidad Colonial

Resumen: Análisis de los elementos del acto administrativo a los fines de evaluar si es conveniente y posible mantener la clasificación tradicional a la luz del estudio de la jurisprudencia y la doctrina.

Palabras Clave: Acto administrativo. Elementos. Clasificación

Summary: Analysis of the elements of the administrative act evaluating the convenience and possibility of maintaining the traditional classification in light of the jurisprudence and doctrine.

Key words: *Administrative act. Elements. Classification.*

Recibido: 1 de mayo de 2019 Aceptado: 20 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. El supuesto de hecho y el supuesto de Derecho
- II. Los motivos y la motivación
- III. La causa
- IV. La finalidad del acto administrativo
- V. Conclusión

FARÍAS MATA fue el primero en nuestro medio en vincular los elementos del acto administrativo con los motivos de su impugnación. Así lo expresaba:

“La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos parece que, en efecto, señala otra tendencia en el sentido de asociar más bien los motivos de impugnación a los vicios que el acto administrativo pudiera revelar en sus elementos cada vez que el principio de legalidad resulte infringido. Y así, si esos elementos se esbozan en el artículo 18, es en el 19 –donde se sancionan con nulidad absoluta o relativa en el SUJETO: la incompetencia (numeral 4); en el OBJETO: cuando sea de imposible o ilegal ejecución (numeral 9); en la FORMA: por violación del procedimiento (numeral 4); y quizá en la CAUSA (falso supuesto), en el caso de numeral 2 del comentado artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ; vicios todos que acarrearán la “nulidad” (absoluta), en los términos del señalado artículo 19 de la LOPA, frente a la “anulabilidad” (nulidad relativa) postulada por el 20 *ejusdem*.”¹

Siguiendo esta enseñanza de FARÍAS MATA, me propongo a continuación analizar los elementos materiales tradicionales en muestran doctrina (presupuesto de hecho y de Derecho, motivos, causa y fin) para, a la luz de la historia del Derecho

1 FARÍAS MATA, Luis Enrique. Introducción General en *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto. 1993, Tomo I, p. 39.

comparado de más influencia en Venezuela y de nuestra propia evolución y práctica judicial, concluir en la pertinencia de esta estructura para el ordenamiento jurídico venezolano.

I. EL SUPUESTO DE HECHO Y EL SUPUESTO DE DERECHO

La sola enunciación del requisito, “supuesto de hecho de la norma” a que hace referencia la LOPA (art. 12) arrastra tras de sí toda la teoría de la sentencia judicial a la estructura del acto administrativo. En efecto, siguiendo la dogmática procesal, la determinación del supuesto de hecho supone un doble ejercicio. En primer lugar, la constatación de los hechos en su facticidad, en el mero suceder, y luego la calificación de esos hechos a los efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la norma.

Por ejemplo, el intercambio de voluntades sobre cosa y precio (constatación de hecho) se califica como contrato de venta, y será normalmente ese hecho calificado el que servirá para encuadrarse en el supuesto de hecho de la norma. Nótese que la calificación es ya una operación jurídica, que como tal puede ser controlada por el juez si se trata de una calificación reglada. En ese sentido, la calificación es una cuestión de Derecho, patrimonio de juez, salvo que del examen de la potestad de que se trate se deduzca que la operación de calificar los hechos corresponda a una potestad discrecional, como es el caso paradigmático del concepto “interés público”.

Así, el supuesto de hecho del acto administrativo a que se refiere la LOPA y muchas otras normas no es simplemente el alegato y prueba de unos hechos exteriores, objetivables y comprobables, sino su refinación jurídica en una doble actividad: la calificación de los hechos dándoles una categoría jurídica y, luego, esos hechos afinados encontrarles lugar en una norma jurídica como supuesto al que aplicar la consecuencia que la norma prevé.

Esta teoría del supuesto de hecho, pues, se estructura legalmente en las reglas de la casación, proceso referido siempre a una sentencia. Desde luego se aprecia así lo dicho: decir que el acto administrativo debe adecuarse al supuesto de hecho de la norma es judicializar su estructura.

La estructura de la sentencia, a estos efectos y por lo tanto sin ser exhaustivo, requiere para no incurrir en nulidad precisamente la correcta “aplicación” de la ley. Así, entre los motivos de la casación, no sólo civil sino también penal y laboral, se encuentra esa indebida aplicación, o su ausencia, de la norma legal correspondiente al supuesto de hecho. Así, el CPC establece como causal de casación la errónea, falsa o la ausencia de aplicación de la ley (art. 313, 2).

El COPP, por su parte, postula como vicio de las sentencias que implica su nulidad la indebida aplicación de ley:

Artículo 452. El recurso de casación podrá fundarse en violación de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

La expresión supuesto de hecho, pues, es de claro origen procesal, de teoría de las sentencias, y ha sido recogida sin mayores distinciones por la pacífica jurisprudencia administrativa y la doctrina. La previsión hipotética de la norma sólo cobra valor actual cuando se produce de manera efectiva y real el presupuesto contemplado como hipótesis [de la norma].

Así, supuesto de hecho implica la existencia del supuesto de Derecho, Clarísimo empleo de la dogmática procesal, de la teoría de la sentencia, al acto administrativo. Clarísima demostración, así, de que la referencia al supuesto de hecho como elemento del acto administrativo es mucho más que la relación y prueba de los hechos pertinentes. Esos hechos sólo tienen valor si constituyen el supuesto de una norma, y a los sólo fines de la aplicación de la consecuencia correspondiente.

Como vemos, hablar de supuesto de hecho es siempre referirse al supuesto de hecho de una norma, por lo que es imposible un supuesto de hecho meramente fáctico: es supuesto de hecho porque lo es de una norma de Derecho. La sola mención de supuesto de hecho, pues, implica su correlato normativo, el llamado por la jurisprudencia supuesto de derecho, con base positiva sin duda en varias normas de la LOPA y otras leyes. Así, es de la forma de los actos la mención de los elementos de hecho y los fundamentos legales pertinentes (art. 18)

Como ya hemos expresado antes en varias ocasiones, la diferencia fundamental entre esta explicación aplicada tanto a la sentencia a como al acto administrativo es, como es obvio, que la sentencia emana de un juez y el acto de una Administración Pública. Ello implica, siguiendo con nuestra tesis, modulaciones importantes con respecto al grado de intensidad de la exigencia de motivación, que no puede ser del mismo tenor de la propia del órgano judicial.

Abona esta afirmación el artículo 35 de la LOPA, la norma sobre los actos en serie, cuando establece:

Cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados.

Obviamente, aquí motivos y fundamento de las resoluciones quieren decir supuesto de hecho y supuesto de Derecho. Una norma así es imposible hallar para la conducta judicial, y de haberla sería inconstitucional porque implicaría la falta de tutela judicial efectiva requerida por la Constitución.

El tema de los actos en serie se torna así en piedra de toque de la comparación entre el acto administrativo y la sentencia. Si es posible estandarizar los motivos de hecho y de Derecho de un acto administrativo, es evidente entonces que la intensidad de la motivación es mucho menor que en el caso de la senten-

cia. Puesto que, si la norma habla de supuestos semejantes para dispensar del ejercicio de constatación de hechos y Derecho, también es posible una motivación más o menos escueta en aquellos casos en que la semejanza no cumpla los extremos del copiado artículo 35, pero que tampoco requiera de una labor de subsunción que exija una motivación semejante a la de la sentencia judicial.

Como dijimos más arriba, el supuesto de hecho es el más revelador de la influencia de la teoría de la sentencia en la de ese tipo de acto. Pues que el acto administrativo deba partir de una norma como su desencadenante, como si la Administración para actuar comenzase por buscar una disposición legal cuyo supuesto de hecho calce con lo que tiene entre manos, es replicar para la Administración Pública el esquema que la doctrina procesal desde Calamandrei emplea para describir el oficio del juez.

Pero basta haber ejercido así sea un instante la función pública para percatarse de que esa no es la realidad administrativa. Ésta está hecha de órdenes superiores y en consecuencia de iniciativas, de políticas; de política, en una palabra. Los jueces no reciben órdenes, salvo en casos patológicos, los funcionarios sí. Que las órdenes deban tener base legal viene exigido desde el comienzo de nuestra historia constitucional, pero que tengan base no impide que sean órdenes, es decir, que supongan una iniciativa.

La modulación que esta realidad administrativa produce sobre la teoría del supuesto de hecho debe apreciarse sobre todo en el caso de los actos reglados o al menos en los elementos reglados de cualquier acto administrativo. Comencemos con los actos completamente reglados y, de allí, a la teoría de los sectores administrativizados.

Es perfectamente posible, y de hecho se da en la práctica, la existencia de actos administrativos completamente regla-

dos, entendidos éstos como ausencia completa de libertad para la Administración en su acto; la Administración funcionaría como una máquina, estando fatalmente reducida a decidir de una sola manera, una sola solución justa. Desde luego se ve que si en algún caso se parece a un juez y por lo tanto el acto a una sentencia es en éste.

El supuesto de hecho puede consistir en una situación material fácilmente objetivable, cuya subsunción en la norma no requiere de mayores esfuerzos técnicos o hermenéuticos. La potestad de nombrar a un funcionario en un cargo determinado exige que esté vacante, lo que es sencillo de determinar.

Sin embargo, también es posible que el supuesto de hecho consista en una expresión abstracta o ambigua, que exija determinadas operaciones para su concreción y claridad. Antes de entender que esa abstracción o ambigüedad otorgan discrecionalidad a la Administración para determinar el hecho, debe examinarse si nos hayamos más bien ante un concepto jurídico indeterminado, caso en el cual no existiría esa discrecionalidad. De hecho, buena parte de las potestades que tradicionalmente se consideraban discrecionales sencillamente presentaban un concepto jurídico indeterminado cuya concreción es una operación reglada, controlable por el juez.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es patrimonio del Derecho común, y es perfectamente aplicable a los actos administrativos. Si la ley usa términos abstractos, como justiprecio, urgencia, emergencia, su concreción no habilita a la Administración a decidir libremente si ocurre o no en la realidad. Se trata de conceptos abstractos en la norma, pero que pueden concretarse perfectamente en los hechos de modo que sólo en determinados casos se da o no se da el concepto en la realidad. Existe o no emergencia, y se permite entonces acudir a la adjudicación directa en la contratación necesaria para afrontarla, sin que le quepa a Administración decidirlo a su arbitrio.

Mientras en el caso de un supuesto de hecho fácilmente objetivable la Administración procede sencillamente a su constatación en la realidad, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la abstracción de la norma requiere de diligencias prácticas o interpretativas para determinar su realidad fáctica, pero sólo existe una solución justa, conforme a Derecho, en la concreción de ese concepto jurídico indeterminado. El bien a expropiar tiene un precio, la emergencia existe o no.

II. LOS MOTIVOS Y LA MOTIVACIÓN

Así como el elemento que la doctrina llama supuesto de hecho y de Derecho del acto administrativo es un préstamo tomado de la teoría de la sentencia, los elementos que se denominan motivos, fin y causa vienen de la teoría del negocio jurídico, tomada a su vez del negocio privado.

La doctrina y la jurisprudencia son particularmente ambiguas, inclusive contradictorias, cuando se refieren a estos tres elementos. Inclusive, es confusa en el sentido literal de que el tratamiento de uno de estos elementos coincide casi exactamente con el que otro autor o sentencia aplica a otro de ellos. Es así virtualmente imposible distinguir en estas fuentes causa del acto de su fin, o motivos y causa, confusión que parte tanto de la propia ambigüedad de la teoría de la causa en el propio derecho Civil como de la poquísima base de Derecho positivo que se dedica a estos elementos.

Basta leer la doctrina más relevante para llegar a esa conclusión.

“Con referencia al vicio de falso supuesto la doctrina ha considerado que constituye un ejercicio abusivo e injustificado del poder jurídico conferido por la Ley, que ocurre cuando aun siguiendo el procedimiento legalmente prescrito se incurre en un error en **la apreciación y calificación**

de los hechos que constituyen el fundamento, la causa, el motivo del ejercicio de una determinada potestad. Surge especialmente, cuando falta la debida correspondencia entre los hechos reales y los formalizados en el presupuesto de la norma, o que estos no estén suficientemente probados o en definitiva, que exista una interpretación tergiversada de los mismos (Resaltado mío) Henrique Meier. Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Alva S.R.L., Caracas 1991, pp 254 y ss)''.

El Derecho Privado ignora los motivos subjetivos de las partes para actuar. Protege los pactos e intercambios con abstracción de la motivación concreta de los sujetos, para garantizar el tráfico jurídico.

La situación de la Administración es muy distinta. Su vida debe estar siempre ajustada a Derecho, con lo cual no puede tener motivos distintos a los permitidos por el ordenamiento, pues incluso en el caso de las potestades discrecionales esa discreción viene otorgada por el propio ordenamiento.

Así, los motivos que tiene la Administración para actuar deben ser en todo conforme con el derecho, y de esa manera se concreta todo el esquema propuesto. Los motivos deben expresar la realidad en la práctica del supuesto de hecho normativo y que desencadena el ejercicio de la potestad, revelan el servicio al fin propio de la potestad, cuya efectividad es la causa del acto en que se resuelve ese ejercicio. De allí que el control de los motivos, mediante el examen de la motivación, permite calibrar el cumplimiento de todos estos requisitos –supuesto de hecho, fin y causa. Así lo confirma variada jurisprudencia:

La exigencia de la expresión de los fundamentos del acto administrativo tiene por objeto indicar su base legal, es decir, la norma jurídica que permita la actualización del órgano administrativo que produjo la decisión, lo cual resulta esencial para determinar la competencia de

dicho órgano, y por ello constituye uno de los requisitos de la validez de los actos administrativos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 5, ordinal 18º, de la Ley de Procedimientos Administrativos. (CPCA de 26-05-83)

Estos presupuestos de hecho o motivos de los actos administrativos deben ser comprobados, apreciados y calificados adecuadamente por la Administración, ya que si no existen, o si ha habido errores en la apreciación y calificación de los mismos, se configura un vicio en la causa que produce la anulabilidad tanto de actos de efectos particulares como de efectos generales. (CSJ-SPA de 17-03-90, caso: *Varios vs. República (Ministerio de Educación)*).

De acuerdo con lo expuesto, más que un problema de motivación, es decir, la exteriorización de los motivos del acto, nos encontramos con un problema vinculado con la causa misma del acto. En efecto, por lo que respecta a la motivación, el artículo 18, ordinal 15, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos exige, en la respectiva providencia, la expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieran sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes. Si las razones alegadas en el acto o sus fundamentos legales son contradictorias, nos encontramos ante un vicio que afecta el elemento “causa”, mas no a la motivación (CPCA de 15-05-90, Caso *Feliz Chapín D. vs. República (Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables)*).

Hasta aquí la sabiduría al uso sobre los motivos y la motivación de los actos administrativos. No hay que decir que el origen de esta doctrina se remonta al derecho procesal común, a los requisitos de la sentencia de motivación como justificación de su racionalidad y apego a la ley. Como he dicho antes, la sentencia y su teoría es base de la doctrina del acto administrativo, pero como la naturaleza de éste es muy distinta de la de aquella, es imprescindible discernir entre las exigencias que se le hacen al acto pretendiendo que es una sentencia.

En otro lugar he hecho ese intento con respecto a la imparcialidad que cabe exigirse a la Administración y su vinculación al Derecho, que en ambos casos no es exactamente igual a la de los tribunales. Trataré ahora de hacer el mismo discernimiento con respecto a los motivos y la motivación, vistos como elementos del acto administrativo; sobre todo en sus manifestaciones patológicas, es decir, en las consecuencias de los vicios que afecten a esa motivación y a esos motivos.

Siguiendo con el mismo método, hay que comenzar comparando sentencia y acto, para determinar si su parecido justifica aplicar las mismas teorías a ambos, o más exactamente, en aplicar las teorías de la primera al segundo, como se ha venido haciendo desde hace más de dos siglos a veces sin el debido discernimiento, para repetir una palabra muy ajustada al caso. En ese sentido, es ahora muy útil recurrir a un símil ya empleado antes al comparar acto y sentencia, un símil extremo porque termina equiparando al acto administrativo no con una sentencia sino con algo completamente distinto, casi contrario: la demanda.

Este símil permite varias conclusiones útiles para nuestro objeto. En primer lugar, si el acto administrativo es procesalmente como una demanda contra el destinatario del acto, sólo que ejecutoria, su motivación es más un alegato que una justificación. Que la motivación tenga entre sus objetivos facilitar la defensa del particular no puede regresarse contra éste y revestirse de los atributos tan especiales, tan pesados jurídicamente, propios de la sentencia porque ésta dice el Derecho en el caso concreto, como en modo alguno hace el acto administrativo.

Si el acto es como una demanda, pero ejecutoria, sus argumentos no vinculan al juez, ni los de hecho ni los de derecho. Diga lo que diga el acto administrativo impugnado, en los que se refiere a los argumentos fácticos, al final el juez decidirá conforme a las reglas de prueba, tanto en lo que se refiere a la carga de ésta como a los hechos que en definitiva queden

demostrados en el proceso. Diga lo que diga el acto, menos aún queda el juez obligado a aceptar los argumentos de Derecho, porque en el contencioso también rige el principio judicial elemental de que el juez aplica soberanamente el Derecho, iura novit curia. (De allí la inexistencia de la presunción de legal a todos los efectos procesales, como he afirmado en otros lugares.

Esta similitud del acto administrativo con la demanda, con todas las modulaciones a que hay lugar derivadas de su ejecutoriedad, modula a su vez la pertinencia de la teoría de la sentencia para determinar el contenido concreto de la exigencia de motivación que hace la ley.

Para ello, debemos recordar en primer lugar el objetivo que persigue la ley al exigir la motivación del acto administrativo. La mejor y más pacífica jurisprudencia establece que:

La motivación del acto administrativo constituye un elemento sustancial para la validez del mismo, ya que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario. En efecto, en tal situación, jamás podrán los administrados saber por qué *se les priva de sus derechos o se les sanciona*. Además, la motivación del acto administrativo permite el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos". (CSJ-SPA de 13-06-85, Caso Desarrollos Prebo 800, C.A. vs. República (Impuesto sobre la Renta), cita jurisprudencia de sentencia de 09-08-1957).

"Es por ello que la jurisprudencia, en su progresiva interpretación de la ley, ha ido desarrollando las condiciones de procedencia de la nulidad de los actos administrativos viciados de inmotivación, la cual debe ser declarada sólo cuando dicho vicio disminuya de alguna manera las posibilidades de defensa de los interesados. En tal sentido, se ha establecido que la motivación de los actos administrativos puede ser anterior a los mismos y hasta concomitante, siempre y cuando conste que el interesado tuvo acceso

administrativo donde se encuentra expresada dicha motivación. Por otra parte, se ha considerado suficiente la motivación que sólo expresa la base legal de la actuación administrativa cuando la norma en que dicha actuación se fundamenta, tiene un supuesto unívoco y cuando la motivación fáctica se encuentra claramente establecida en el expediente administrativo, siempre que el interesado haya tenido acceso a él. En todos estos supuestos, el no cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales de motivación de los actos administrativos no acarrea en sí mismo la nulidad del acto impugnado, y sólo cuando dicho incumplimiento ha causado indefensión al recurrente procede la declaratoria de la nulidad de aquél”.²

Defensa del particular, control de la legalidad del acto, figuras que en definitiva pueden resumirse en la primera: permitir que el particular afectado por el acto pueda ejercer los medios adecuados para proteger la situación jurídica correspondiente. Esta justificación de la motivación, como es obvio, viene también de la teoría de la sentencia. Tanto, que hasta los recursos meramente administrativos contra el acto se llamaban “apelaciones” hasta la entrada misma en vigor de la LOPA, como se refiere y es corregido en la sentencia líder Depositaria Judicial. La pregunta, dentro de la línea que venimos siguiendo, es cuanta exigencia a la motivación del acto administrativo es necesaria para garantizar la defensa del particular, ¿la misma que se pide a la sentencia u otra menos intensa?

Cabe aquí referir como indicio de que preliminarmente la respuesta es la menor intensidad del rigor de la motivación del acto el hecho del carácter facultativo de los recursos administrativos, ya avizorado por alguna jurisprudencia anterior pero plenamente establecido por la Constitución de 1999, al menos implícitamente, y luego con toda claridad por la ley y la

2 BALASSO TEJERA, Caterina. *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1998. p. 780.

jurisprudencia. Este carácter facultativo de los recursos administrativo es consecuencia de la tendencia del ordenamiento constitucional y posconstitucional de considerar a los procesos judiciales contencioso administrativos como la verdadera sede de la defensa del particular frente a la Administración, lo que apareja también per contra que los requisitos procedimentales y materiales del acto administrativo, como la motivación que venimos tratando, tengan relativamente menor importancia frente a los requeridos en el proceso judicial.

Hecha esta previa, a los efectos, de distinguir entre la motivación propia de la sentencia y la del acto administrativo el primer paso es distinguir entre el doble contenido de ese elemento según la doctrina y la jurisprudencia, la motivación de hecho y la motivación de Derecho, donde es obvia la influencia, por no decir identidad, de la teoría del fallo judicial. La LOPA es clara al distinguir entre una motivación y otra, al referirse a los motivos de hecho y de Derecho al exigir a los actos administrativos, "hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto" (art. 9).

A ello es a lo que se refiere la jurisprudencia cuando menciona "el acto administrativo se encuentra fundamentado, cuando en su justificación remite a la disposición legal en la cual se encuentra el supuesto que configure los elementos fácticos del acto respectivo" (CPCA de 22-10-92, Caso Casa París S.A. vs. República (Ministerio de Fomento)).

Esta última decisión no puede ser más tributaria de la sentencia judicial, inclusive recuerda las tesis sobre la génesis lógica de la sentencia civil, pues como vimos predica del acto administrativo exactamente lo que la doctrina tradicional considera la labor del juez: dar con una norma cuyo supuesto de hecho corresponda a los hechos alegados y probados en autos, la subsunción, en una palabra. Más allá de las deficiencias o las falsedades de esta teoría para explicar la tarea judicial, lo que importa ahora es notar el paralelismo, la identidad

que al menos este fallo, y muchos otros, afirman de acto administrativo y sentencia a los efectos de la motivación.

En todo caso, la motivación que se exige del acto administrativo es doble, de hecho y de Derecho. Veamos.

1. Motivación de hecho

El acto debe contener la mención de los hechos que le dan base y su prueba. Sin entrar en los análisis sobre la noción de hecho, bástenos considerarlo como cualquier realidad del mundo exterior, los problemas se presentan en nuestra línea de argumentación con respecto a cuánto de esos requisitos del acto referentes a lo alegado y probado debe tomarse de la motivación de hecho de la sentencia y cuanto se relaja por mor de la distinta naturaleza del acto administrativo.

Obra aquí con intensidad el símil que hemos empleado antes de ver en el acto administrativo algo semejante a una demanda, con la diferencia fundamental frente a la propiamente tal de su ejecutoriedad, característica ésta que en nada le da carácter de verdad jurídica a los dichos y pruebas de la Administración. En efecto, entender al acto administrativo como demanda permite entender la motivación de hecho más como unos alegatos que como la motivación de un fallo judicial.

Así, la motivación de hecho se convierte en una carga de alegación de los hechos que dan base al acto, y en consecuencia al problema de la carga de la prueba de esos hechos, y es así entonces que las reglas a aplicar son la propias de esas cargas y medios más que las de la motivación.

A esta luz es que debemos analizar el Derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia sobre la motivación de hechos y la carga de probarlos. Primero, insistamos en un somero recuento

del estado de esas fuentes acerca de la motivación de hecho de los actos administrativos.

Esta cuestión comprende a su vez varios asuntos, que pueden concretarse en tres: la carga de alegación, la carga de la prueba y los medios y modos de probar. Estos asuntos, es por todos conocidos, son propios del proceso civil y, por lo tanto, debemos luego de un somero análisis en ese campo, trasladarlos con las debidas cautelas a la teoría del acto administrativo.

Con respecto a las cargas de alegar y probar, como punto previo a esta indagación, debe partirse del dogma procesal común del principio dispositivo que rige el proceso civil. Tal principio recogido viene expreso en el exordio mismo del artículo 12 CPC, que obliga al juez a sentencia conforme a lo alegado y probado en autos. Desde luego se ve una primera y gran diferencia con el acto administrativo, pues la Administración puede actuar de oficio como regla general, y de hecho lo hace en muchos casos. En cambio, el juez civil cuya labor es la gran inspiración histórica de la teoría del acto, no puede actuar por propia iniciativa, debe ser requerido por los interesados mediante una demanda, que sólo constituye además la mitad del conflicto, que termina de trabarse con la contestación de la parte demandada.

Nada de esto ocurre así en los casos en que la Administración actúa de oficio.

Más semejanza con este modelo procesal y sus correspondientes cargas podría hallarse en los casos en que el acto es producto de un requerimiento de particular, a instancia de los interesados, evento también previsto en la ley y también común en la práctica administrativa.

Si se sigue hasta el final este camino, sería necesario una distinción ulterior sobre la motivación de hecho, una teoría particular para la motivación en los procedimientos iniciados

de oficio y otra para los procedimientos instados. Sin embargo, no parece necesaria esa sutileza, pues en el fondo las cargas alegatorias y probatorias son semejantes en ambos casos.

En efecto, obra aquí con intensidad el símil que hemos empleado antes de ver en el acto administrativo algo semejante a una demanda, con la diferencia fundamental frente a la propiamente tal de su ejecutoriedad, característica ésta que en nada le da carácter de verdad jurídica a los dichos y pruebas de la Administración. De hecho, este parecido del acto con la demanda explica en buena medida las garantías del debido proceso en el procedimiento administrativo, sobre todo el derecho de defensa, pues éste se ejerce de muy distinta manera frente a la Administración que frente al juez. En el primer caso, la Administración debe permitir al particular defenderse sobre todo de ella misma, mientras que en los tribunales el juez garantiza el debido proceso pues es imparcial, y no como defensa frente al tribunal, sino frente a la otra parte, en el caso contencioso administrativo de nuevo frente a la Administración.

Siendo así, nada obsta para que la carga de alegación en el acto administrativo sea tratada conforme al Derecho común, salvo que una norma expresa referida a esa carga disponga otra cosa. Debe notarse a ese respecto que hablar aquí de carga de alegación se hace porque se habla de carga de la prueba de la Administración y, obviamente, no puede haber prueba sin alegato que probar.

Pero como se aprecia inmediatamente, estamos hablando en realidad de la motivación del acto administrativo, con lo cual la contradicción es evidente, pues o se exige motivación, de hecho, o derecho, como a la sentencia, o se exige cumplir las cargas de alegación y de prueba, como a la demanda. La inexactitud proverbial del Derecho Administrativo se muestra intensamente aquí, pues se establece como contenido de la motivación una carga de probar y de alegar. Este es un conte-

nido imposible para una motivación, si se usa el término en su original significado procesal, es decir, expresión de los hechos alegados y probados previamente por las partes.

La confusa naturaleza del acto administrativo, confusión de la que no se percató siquiera buena parte de la doctrina, produce a su vez esta errada aplicación de términos. Esa confusa naturaleza del acto se produce, como ya hemos visto, al considerarlo análogo a la sentencia cuando su realidad es más semejante a la expresión de la voluntad de un sujeto en este caso la Administración que debe ejecutarse frente a otro, es decir, una demanda.

El juez nada tiene que alegar ni probar en la sentencia, simplemente da (o no da) por alegados y probados determinados hechos y pretensiones. La Administración, en cambio debe afirmarlos y probarlos para sobre esa base expresar su voluntad, a ser ejecutada frente al destinatario del acto. A ambas cosas se les llama motivación, pero se ve claramente, como se ha dicho, que se está usando la palabra en sentidos a lo más análogos, pero no unívocos.

Así, la carga de alegación de la Administración, como contenido de esa motivación, es la expresión de los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma, que le permite dictar el acto, y de sus pretensiones frente al destinatario del acto, que son sólo eso, pretensiones, aunque puedan ser ejecutadas inmediata y directamente por la propia Administración, Dentro de esta confusión terminológica se denomina decisión, orden u otro término semejante.

Por lo tanto, pues, los alegatos a ser probados constituyen parte de la motivación de hecho, y se rigen por las normas positivas que, a falta de normas expresa para el acto administrativo, son las del Código Civil Artículo 1.354.- respecto a las pruebas: *quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y*

quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Así la regla básica de carga de la prueba en el Derecho venezolano es aplicable al acto administrativo salvo norma especial. Por lo tanto, si se asimila la expresión obligación al contenido decisorio del acto, es evidente que la Administración debe expresar tanto la orden que es su objetivo como los hechos que le dan base. Estos deberán probarse.

Sin embargo, el símil de la demanda tampoco es exacto para describir el acto administrativo, pues si bien al actor no le es exigida la mención de los alegatos de la otra parte, al acto administrativo sí: el artículo 18, 5 LOPA requiere que el acto administrativo contengan una expresión sucinta de las razones que hubieran sido alegadas, aquí en franco recibo de la teoría de la sentencia. Esta expresión de los alegatos del interesado es parte de la motivación, pero no puede considerarse cumplimiento de la carga de alegación alguna por parte de la Administración.

Esta carga de alegación como contenido de la motivación de hecho del acto administrativo no agota esa motivación, no sólo por la necesidad de la prueba de esos alegatos, sino porque muy específicamente para el caso del acto administrativo, la motivación debe también ser de Derecho, es decir, debe incluir la referencia a las normas jurídicas que le dan base.

Se dirá que esta exigencia es aplicable también para la demanda, que debe contener referencia al Derecho. Sin embargo, pareciera necesario indagar si esa exigencia común es en realidad total, es decir, si la referencia al Derecho que debe hacer la demanda judicial tiene las mismas características de la motivación de Derecho del acto administrativo.

Efectivamente, el ya citado artículo 18, 5 de la LOPA exige que la motivación contenga la expresión de los fundamentos

legales pertinentes. Sin embargo, esa mención no es simétrica de la que debe contener la demanda, porque su ausencia, inexactitud o error sí produce efectos jurídicos, en concreto una falsa motivación de Derecho que podría anular el acto.

De ello no hay duda en la doctrina ni en la jurisprudencia: la motivación, sea de hecho o de Derecho, inexistente o errada vicia el acto de nulidad -no se analiza ahora si absoluta o relativa- y no puede ser incorporada luego de la emisión del acto.

Pacífica doctrina, que si además se confronta con el principio de que son los jueces lo que determinan el Derecho aplicable (*iura novit curia*), se descubre llena de contradicciones. En efecto, si la nulidad que produce el vicio en la inmotivación es relativa, lo que produce que sea un vicio convalidable, no se ve como puede ser tan rotunda la prohibición de la motivación sobrevenida, pues ¿qué otra manera de convalidar una motivación de Derecho es exponerla a posteriori, sobrevenida mente?

Y si el juez es el competente para aplicar el ordenamiento, ¿cómo conciliar la existencia de una inmotivación de Derecho si el tribunal considera que una norma distinta a la invocada en el acto es suficiente como su fundamento?

En consecuencia, o se desecha la motivación de Derecho como exigencia del acto administrativo y por lo tanto su ausencia o defecto no produce la nulidad de éste, o se encuentra otra razón legal para exigirla.

A este respecto debemos recordar el fin perseguido por la ley al incluir la motivación, tanto de hecho como de Derecho, entre los requisitos que debe llenar el acto administrativo: garantizar el derecho de defensa del particular. Este derecho de defensa del destinatario del acto es indiscutible en lo que respecta a la necesidad de la motivación de hecho, pero no es tan claro en el caso de la motivación de Derecho, tanto por

tratarse de un vicio convalidable como por el principio *iura novit curia*.

Es pertinente aquí traer a la investigación la normativa del proceso penal, que desde la Constitución de 1999 se convirtió en el modelo procesal breve, oral y público que la Constitución exige para todo proceso, de acuerdo con la espléndida norma de su artículo 257. Dice el COPP:

Artículo 333. Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Como puede verse, el COPP considera que la calificación jurídica del delito contenida en la acusación, no puede alterarse en la audiencia de juicio a no ser que el juez lo comunique durante el debate, para permitir la defensa del acusado. En otras palabras, hay un derecho de defensa sobre la normativa aplicable al caso, que se traduce en una modulación del principio *iura novit curia* en los términos de los artículos copiados.

Esta necesidad de permitir al acusado la defensa frente a los argumentos de Derecho de la fiscalía es perfectamente trasladable al acto administrativo y así dar una base más sólida a la necesidad de la motivación de Derecho. En efecto, si para el modelo procesal de la Constitución el proceso paradigmático es el penal, es congruente que para el caso de las actuaciones administrativas rijan la misma exigencia, pues garantizar ese derecho de defensa es el objetivo de la motivación. En consecuencia, el falso supuesto de Derecho tiene toda razón de ser

como vicio de los actos administrativos, como además viene diciendo no sólo la ley, sino también la jurisprudencia.

Motivación de hecho y motivación de Derecho son pues requisitos y elementos de la estructura del acto administrativo, pues no sólo se encuentran expresamente exigidos por la ley, sino que además son congruentes con la normativa constitucional.

Siendo así, es necesario responder aún una pregunta esencial: qué tipo de nulidad genera la inmotivación, absoluta o relativa. La respuesta legal pareciera inclinarse por la relatividad de la nulidad por inmotivación, porque las casuales taxativas de nulidad absoluta del artículo 19 LOPA no parecen contenerla, pues esa condición de vicio de nulidad absoluta ni está consagrado en una ley (1°), ni tiene que ver con la cosa juzgada administrativa, (2°) no se refiere a la ejecución del acto(3°), ni es un caso de incompetencia manifiesta, ni, *prima facie*, implica una presidencia total y absoluta de procedimiento. (4°).

Prima facie, decimos, porque la falta total y absoluta de procedimiento, caso tan extremo que se torna insólito, ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia como la falta absoluta de un elemento esencial del procedimiento, como sería la no celebración de la audiencia de descargos prevista por algunas leyes especiales, sobre todo para procedimientos sancionatorios.

Esa línea ha sido recorrida por la jurisprudencia para analizar la inmotivación y, así, determinar los casos en que produce la nulidad absoluta del acto.

Cuando la motivación es inexistente acarrea la nulidad absoluta del acto, inexistencia que la misma jurisprudencia considera que se da ante la motivación contradictoria o tan ambigua que no hay manera de saber la base legal del acto administrativo de que se trata. El fundamento implícito de

esta jurisprudencia es la indefensión que este grado tan alto de inmotivación produce en los destinatarios del acto.

Como indica la regla general de residualidad de los vicios que no sean de nulidad absoluta, la inmotivación que no alcance este grado asimilado a la inexistencia produce la nulidad relativa del acto.

Estos generan a su vez un problema adicional: cómo convalidar la nulidad relativa producida por la motivación insuficiente si la motivación sobrevenida está prohibida tajantemente. Así, no puede dejarse el tema de la motivación sin abordar el tema de su oportunidad o, en otras palabras, de la motivación sobrevenida. Allí, como se dijo con anterioridad, la jurisprudencia y la doctrina son pacíficas en afirmar la prohibición de la motivación sobrevenida, es decir, formulada después de emitido el acto administrativo.

De nuevo, la justificación de esta prohibición deriva de la indefensión que causaría al interesado desconocer los motivos del acto, lo que ocurre obviamente si esa motivación le es expresada luego de su emisión. Ese fundamento produce, como consecuencia, que no hay inmotivación si ésta se presenta durante los procedimientos llamados de segundo grado, o sea los procedimientos de los recursos de reconsideración y jerárquico, porque es obvio que en esos casos los interesados podrán hacer valer sus defensas en el procedimiento correspondiente. Sólo cabe inmotivación pues, si los motivos del acto no se expresan en el acto definitivo, bien sea el producto del procedimiento constitutivo del acto o de los procedimientos recursivos. El acto definitivo, si contiene los motivos, podrá ser siempre impugnado ante el contencioso sin que se produzca indefensión, y, en consecuencia, sin que se produzca inmotivación.

III. LA CAUSA

Según la doctrina más aceptada, la causa de los actos administrativos sería la efectividad del servicio que el acto presta al fin normativo.

Caben aquí las disquisiciones sobre la causa y la importación al Derecho Administrativo de las nociones del Derecho Privado. En principio, éstas son plenamente aplicables al campo de los actos administrativos, con la reserva de que se trata de una de las cuestiones más debatidas dentro de la teoría general del Derecho.

Entre otras notas, esa teoría ha diferenciado la causa de los contratos nominados (la compraventa, por ejemplo) de la de los innominados. Aquella vendría dada por la ley, en el caso de la compraventa por el efectivo intercambio de consentimientos sobre cosa y precio, mientras que en los contratos innominados por el servicio al objetivo fijado libremente por las partes. Sin embargo, estas nociones no son trasladables sin matices al Derecho Administrativo, por la sencilla razón de que en el caso de los actos administrativos su finalidad estaría siempre contenida en la ley, sin que pueda la Administración interponer otros distintos. La causa de los actos administrativos, el servicio del acto a su finalidad, sería entonces siempre nominada.

Noción muy debatida, pues, sobre todo en el Derecho privado. Pero en el campo del acto administrativo la reflexión normalmente no pasa de unas consideraciones eruditas, importadas de otros ordenamientos, sin mayores consecuencias para la disciplina real de esos actos.

Una de las primeras conclusiones del estudio de la noción de causa en el Derecho Privado (MELICH) es su profunda impertinencia para el caso de los actos administrativos. En efecto, desde el Derecho Romano la causa se busca en la obligación y en los negocios jurídicos, lo que supone siempre un

concurso de voluntades, lo que de ninguna manera existe en el acto administrativo, fundamentalmente unilateral en la mayoría de los casos. De allí que a la pregunta *cur debetur?*, ¿por qué me obligo? que apunta precisamente a la causa se ha respondido en el causalismo clásico de Domat que la causa de la obligación es la prestación del otro obligado, como sería el pago del precio en el caso de la entrega de la cosa vendida. Luego de los ataques anticausalistas de fin del siglo XIX, la dogmática alemana del Derecho Civil, que alzaprímaba la declaración de voluntad, exterior por definición, frente al dogma de autonomía de la voluntad de origen romano, como núcleo de los intercambios, sustituyó inclusive en el pensamiento francés e italiano del que somos tributarios en el Derecho Civil la noción subjetiva de causa por una teoría objetiva, que no necesitaba indagar en los motivos de los obligados para la validez y eficacia de los actos. De allí se llegó a predicar la falsedad y la inutilidad de la causa.

Aunque luego CAPITANT remodeló la noción clásica para resucitar al causalismo, lo cierto es que en plena emergencia de la doctrina alemana que hacía inútil la noción de causa HARIOU demostró que la tesis germana de la declaración de voluntad como núcleo del tráfico privado, no necesitaba de especulaciones causalistas, que era precisamente y desde hacía tiempo la tesis francesa del acto administrativo. Este era una declaración de voluntad y por lo tanto el examen de su causa era en principio inútil.

Ciertamente, no se ve como una noción que pretende fundar la validez de un acto jurídico, en este caso la obligación, en un estado de voluntad que se basa en la conducta de otro, puede ser utilizada para explicar el mecanismo de un acto que, como el administrativo, precisamente no requiere de ninguna voluntad ajena para imponerse pues se basa en la potestad de la Administración. De allí que el sólo empleo de la palabra “causa” para describir un elemento del acto administrativo sea por lo menos peligrosa al prestarse a multitud de equívocos,

pues como puede verse la misma génesis y desarrollo de la causa en su origen privado nada tiene que ver con los actos unilaterales como el administrativo.

Así que la intención de HAURIUO sigue imponiéndose: el concepto de causa de los actos administrativos es falso e inútil, porque estos son declaraciones de voluntad en el sentido alemán de la expresión y por lo tanto deriva su fuerza obligatoria del ordenamiento y no de la existencia de cualesquiera voluntades ajenas. Sin embargo, fue el propio Consejo de Estado francés quien desarrolló una de las llamadas aperturas del contencioso sobre la pretendida base de la causa: la desviación de poder. Pero por su misma definición se aprecia que el significado clásico de causa en el Derecho Privado muy poco tiene que ver con esta apertura: la desviación de poder es la búsqueda por la Administración de fines distintos a los que el ordenamiento otorga a la potestad de la que dimana el acto administrativo, y esa voluntad desviada, dice HAURIUO, solo puede buscarse en el mismo acto y no en voluntades articulares, las de los funcionarios de carne y hueso (HAURIUO).

Este cambio de polo del sujeto obligado en el causalismo de Derecho privado al acto mismo –a la declaración de voluntad– en el Derecho Administrativo prohíbe usar aquel causalismo para explicar estos actos administrativos desviados de su fin. Aquí se trataría simplemente de constatar el servicio al fin normativo que cumple, o no, el acto administrativo, sin que sea dado buscarlo en estados de conciencia o de voluntad de terceros. Por ello, además, la teoría más en boga entre nosotros que disgrega además entre el elemento causa del elemento fin en los actos administrativos también es falsa, pues inclusive la causa que el Derecho privado busca es la causa final, el fin, pero sobre todo aquel elemento de causa desaparece cuando se pondera el carácter objetivo del acto administrativo, su validez y eficacia basados en supuestos exteriores a la voluntad ajena y establecidos en el ordenamiento.

En conclusión, el elemento “causa” de los actos administrativos no existe y es inútil, pues todos sus efectos prácticos, inclusive la desviación de poder, se explicarían en realidad en base al fin de la potestad de la que dimanen los actos. Y este fin, a su vez, es completamente distinto de la causa final del Derecho Privado, pues no reside en voluntades ajenas sino en la adecuación del acto a ese fin normativo.

Así parece reconocerlo la jurisprudencia, que cuando habla de desviación de poder se refiere siempre al fin del acto administrativo, como interés objetivo previsto en la norma y no hace exámenes acerca de voluntades de terceros ni siquiera, en la mayoría de los casos, utiliza la expresión “causa”. Así, cuando se utiliza el procedimiento disciplinario para la venganza personal se desvía el acto de sus fines (CPCA. 13-08-1986); el uso de procedimientos disciplinarios para remover un funcionario pero cuando las razones son de idoneidad constituye una desviación de poder (CSJ-SPA de 28-02-1991); la revocatoria de la creación de una universidad experimental sin previa evaluación de su desempeño incumple los fines experimentales de esas universidades (CSJ-SPA de 14-02-1991). Así ésta última:

“La carencia de poder legal para extinguir el acto, por no haberse basado en la condición esencial para que ello procediera, esto es, en el resultado de la evaluación, la cual, por una parte, no consta en autos y, por otra, no podía haberse efectuado en un tiempo tan breve, debe llegarse a la conclusión de que el acto no estuvo destinado a los fines anulatorios que el mismo señala y, en consecuencia, que fue dictado para obtener otros fines, y esto es constitutivo del vicio denunciado por los recurrentes como desviación de poder, el cual está presente en este caso, y así se declara”.

IV. LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La causa no es, pues, elemento del acto administrativo, sea cual sea el sentido que se emplee para definirla de todos los que el Derecho ofrece. O el acto administrativo carece de causa o, como vimos, ésta se confunde con el fin que éste debe buscar, que estaría en la norma que establece la potestad correspondiente. Sigamos entonces nuestra investigación con el fin del acto administrativo.

Como se dijo, FARÍAS MATA fue el primero en nuestro medio en vincular los elementos del acto administrativo con los motivos de su impugnación.

Esta tesis del maestro FARÍAS MATA es eco de la doctrina francesa del contencioso administrativo, expuesta entre otros autores por RIVERO:

“Los cuatros casos de anulación tradicionales sancionan respectivamente las ilegalidades que afectan la cualidad del autor (incompetencia), el procedimiento de elaboración (vicio de forma), **el fin (desviación de poder)** y (violación de la ley), el objeto y los motivos.”³ (Resaltado mío)

RIVERO también recuerda el origen histórico de esta clasificación, los sucesivos motivos de impugnación o aperturas de la terminología francesa del contencioso administrativo establecidos sucesivamente por el Consejo de Estado:

“Esta clasificación es de origen histórico. Inicialmente, las únicas ilegalidades que el juez aceptaba sancionar eran aquellas que se referían a los elementos externos del acto; la incompetencia, luego el vicio de forma. Hacia 1.840, aparece la desviación de poder, que extiende el control del juez al fin perseguido por el acto. En cuanto al contenido mismo del acto, o su objeto, la legalidad no podía ser

3 RIVERO Jean. *Derecho Administrativo*. UCV, Caracas, 1984, p. 119.

cuestionada por el recurso por exceso de poder, sino por un recurso de anulación distinto, abierto –a diferencia del recurso por exceso de poder– a aquellos únicamente que podían justificar que la decisión acatada los lesionaba en sus derechos subjetivos: este recurso se basaba en “violación de la ley y de los derechos adquiridos”

Después de 1864, se quiso extender a este recurso las ventajas acordadas al recurso por exceso de poder; la violación de la ley de los derechos adquiridos dejó de ser objeto de un recurso distinto, para convertirse en el cuarto caso de apertura. Durante un cierto tiempo, esta forma de ilegalidad, a diferencia de las otras tres, continuó sin poder ser invocada sino por el demandante lesionado en su derecho subjetivo; esta exigencia desapareció definitivamente, y la violación de la ley no se distinguió más de los otros casos de anulación, sino por su gran extensión. Con ésta el recurso termina en convertirse en la sanción de la ilegalidad bajo todas sus formas, externas e internas.”⁴

A los efectos de lo que vendrá, en Francia la doctrina de la desviación de poder fue un remedio a la falta de una causal general de violación de la ley como motivo de nulidad de los actos administrativos, pues para el momento de su creación por el Consejo de Estado sólo estaba disponible el vicio de la incompetencia y el vicio de forma. En otras palabras, la desviación del poder fue en su origen una ingeniosa teoría para resolver un problema estructural del contencioso francés. Solución provisional, pues una vez aceptado el recurso por violación de ley la desviación de poder se relega, a un lugar residual y secundario.

Asombrosamente, como explica con gran precisión GARCÍA SOTO (“Incluso por desviación de poder”. Notas

4 Ibídem, p. 272.

acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 3/2014) esa solución provisional y ya inútil es recogida por el sistema español inclusive constitucionalmente en 1931, hasta llegar a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

Esta norma fue recogida casi textualmente en el que terminaría siendo el artículo 206 de la Constitución de 1961, copiado a su vez en el vigente artículo 239 de la Constitución vigente “(incluso por desviación de poder)”. La cláusula se hizo famosa en la doctrina venezolana. Sobre su base y del Derecho francés en que se forman los pioneros del Derecho Administrativo venezolano, entre ellos FARÍAS MATA, recibió gran atención.

Sin embargo, la atención doctrinal no tuvo la misma magnitud en la jurisprudencia, pues de la misma manera que ya venía ocurriendo en Francia una vez establecido el motivo de impugnación (“apertura”) de la violación de ley, han sido contadísimas, las nulidades decretadas por ese motivo.

“En el estado actual de la jurisprudencia, la desviación de poder no juega, pues más, que un rol subsidiario, y las decisiones de anulación basadas en este caso de apertura son raras (cfr., sin embargo, C.E., 13 de noviembre de 1970, Lambert, A.J.D.A., 1971. P.53)”⁵.

Puede decirse entonces que la desviación de poder termina siendo en Francia un motivo de impugnación pasado de moda, casi inútil, dadas las otras tres aperturas, y que en Venezuela lo fue, pasado de moda y casi inútil, desde su misma recepción en 1961. El dato estadístico de las poquísimas nulidades por desviación de poder así lo confirman, estadística que es prácticamente universal.

5 Ibidem, p. 280.

Más allá del dato estadístico, además, está la constatación jurídica de que inclusive aquellos pocos ejemplares tradicionales de desviación de poder en realidad o bien constituyen errores de la jurisprudencia o bien la nulidad ha podido ser declarada por otra razón distinta y más común, es decir, por falso supuesto de hecho o de Derecho o por vicios de forma o incompetencia.

Si la desviación de poder es inútil, también lo es el fin, la finalidad, como elemento del acto administrativo. Si la desviación de poder responde a causas históricas que ya no están presentes; si la desviación de poder es un anacronismo, pues también lo es la finalidad del acto administrativo como uno de sus elementos.

Un ejemplo me parece claramente demostrativo. El Presidente del INTT ordena mediante circular publicada en la Gaceta Oficial que los fiscales de tránsito deberán imponer la mayor cantidad de multas para enfrentar las necesidades de caja del Instituto, lo que evidentemente no es el fin de esos actos, sino la ordenación del tránsito terrestre. Un conductor que viola la luz roja de un semáforo, violación plenamente probada en el expediente, y que por ella es multado conforme a la ley. ¿podría lograr la anulación de la multa alegando la desviación de poder que demuestra sin dudas la circular? De ningún modo, pasar con el semáforo en rojo es una falta, sea cuales sean los fines pretendidos por el funcionario, y la sanción correspondiente, si está ajustada a Derecho, lo estará con independencia de esos fines.

Luego de este ejemplo hipotético, analicemos casos de la vida real, los grandes precedentes de la decisión de poder, en Francia y en Venezuela.

Francia: el *Arret Pariset* de 26 de noviembre de 1875, pionero de la apertura de la desviación de poder. El caso: el gobierno decide nacionalizar las fábricas de cerillas (fósforos) y en vez

de dictar la correspondiente expropiación, aprovecha que las empresas correspondientes no habían obtenido la autorización que exige la legislación vigente y simplemente las clausura y ocupa. La medida es anulada porque el fin de la potestad autorizatoria no era nacionalizar.

Siglo y medio después cabe preguntarse cómo era posible que bastase la intención de nacionalizar un sector de la economía para que quedase derogada la ley que exige autorización a las empresas de ese sector. Qué derecho, posición y privilegio tienen unos empresarios incumplidores de la ley, que funcionan sin la debida autorización, para que por virtud de una nacionalización se tornen en víctimas de la arbitrariedad de la Administración. *Pariset* fue pura y simplemente un error, si las empresas requerían una autorización para funcionar y no la poseían, legalmente clausuradas estaban y que ello facilitara o hiciera innecesaria la nacionalización era simplemente consecuencia jurídica de esa falta de autorización.

En Venezuela el precedente más famoso es el de las llamadas las expropiaciones eternas. La Corte Suprema de Justicia (sentencia de 24 de julio de 1978) anuló un decreto de expropiación por el simple trascurso del tiempo sin que se ejecutara, alegando que su fin real no había sido entonces expropiar sino congelar el valor de la propiedad, que se indemnizaba a precios del momento de la emisión del decreto.

Entendidas así, las afectaciones eternas tampoco requerían del uso del vicio de desviación de poder para restablecer la situación jurídica del expropiado. Bien bastaba declarar la perención del acto administrativo conforme a las previsiones hoy de la LOPA y antes de la correspondiente jurisprudencia, o, si la Administración quería continuar con la expropiación, el cálculo de la indemnización debía hacerse conforme a los parámetros vigentes a la fecha del avalúo, como también estableció la jurisprudencia más adelante.

Al fin y al cabo, una nulidad basada en la desviación de poder en este caso, como en casi todos, terminaba siendo inútil para el particular, porque una vez declarada, la Administración podía expropiar de nuevo el inmueble por el mismo motivo de interés público y, mientras respetase los plazos para evitar la perención de ese acto, no había manera de anular esa afectación.

Estas reflexiones sobre la inutilidad de la desviación de poder abonan la ambigüedad y confusión que la doctrina y jurisprudencia presentan en esa materia, ambigüedad y confusión que no son otra cosa que la consecuencia de esa inutilidad; si el acto nunca es anulado por violar el fin de la norma, para qué el juez debe molestarse en definirlo con precisión.

Algún respeto, sin embargo, merece el Derecho positivo cuando la LOPA, y la propia Constitución, menciona la adecuación al fin de la norma, aquella, y a la desviación de poder, ésta. Creo que ese respeto se honra con la solución francesa de relegar a la excepcionalidad a esa finalidad, pero no a construir la teoría del acto administrativo dándole pie de igualdad con el supuesto de hecho y al supuesto de Derecho, la motivación, la competencia y la forma.

Solución francesa que también es compartida por la Unión Europea, sí vemos las estadísticas: las nulidades por desviación de poder son poquísimas. Sobre esa data Roberto BUSTILLO BOLADO (La desviación de poder en el Derecho comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, RAP núm. 188 (2012)) hace un análisis muy interesante de la desviación de poder, paralelo al mencionado de GARCÍA SOTO, para concluir en la misma idea del carácter residual de la desviación de poder y, en consecuencia, de la inutilidad del fin del acto administrativo como un elemento de su estructura.

El vicio de desviación de poder, pues, es una importación innecesaria e inconveniente, con unas bases históricas que no son las nuestras, ni siquiera las de España de donde fue traído a nuestro ordenamiento. En Francia sólo se justificaba en momentos en que no se había dado la apertura de la violación de ley, que ya existía en nuestro ordenamiento para cuando la Constitución de 1961 la incluyó expresamente con la famosa frase “incluso por desviación de poder”.

Más allá, pues, de su consagración positiva, la desviación de poder y su correlato estructural del fin como elemento del acto administrativo, son inútiles y perjudiciales en nuestro ordenamiento, pues bien es imposible anular el acto con un pretendido argumento de que la Administración lo dictó para un “fin” distinto al de la norma, porque aún en ese caso el acto seguirá siendo válido si respeta los extremos regulados en la ley.

Una consideración ulterior abona estas reflexiones ya dentro de la hipótesis del fin de los actos discrecionales y de la desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad. Ésta supone que el juez mediante el expediente de “controlar el cumplimiento del fin de la norma”, en realidad legisla, poniendo en la ley lo que ésta no contiene. Determinar los fines de la actividad administrativa es función de los poderes políticos del estado, el binomio Legislativo-Ejecutivo, y no del Poder Judicial. Inclusive en los casos de las pocas declaraciones de fines de las normas que establecen expresamente fines a la actuación de la Administración, éstas son tan amplias que en realidad no contienen ningún estándar discenible que permita controlar el ejercicio de la correspondiente potestad. Y no contienen ese estándar porque la determinación de los fines de la Administración es una operación fundamentalmente política y no jurídica, como se ve.

Reducir al mínimo el juego del fin como elemento del acto administrativo y como consecuencia, del efecto anulatorio de

la desviación de poder, es además exigencia de la tutela judicial efectiva que es la razón de ser del contencioso administrativo como jurisdicción contralora de la legalidad del acto. La desviación de poder ofrece tan pocas garantías al particular que las estadísticas, venezolanas y comparadas demuestran lo extraordinario de las nulidades por ese motivo. Bastan, o casi, los vicios en los demás elementos del acto para que esa tutela esté debidamente garantizada.

V. CONCLUSIÓN

En resumen y como conclusión, la teoría del acto administrativo no requiere de los elementos materiales que tradicionalmente se listaban para este acto estatal: supuesto de hecho, causa, fin y motivos. La praxis de los tribunales en Venezuela y en el Derecho comparado, es un primer dato que permite descartar el fin y la causa como elementos del acto administrativo, pues las definiciones doctrinales y jurisprudenciales son de una ambigüedad y confusión tal que estos elementos no terminan significando nada concreto, y en consecuencia las nulidades realmente declaradas por vicios en el fin o en la causa son poquísimas y, de ellas, gran número es explicable como vicios en el supuesto de hecho y en el supuesto de Derecho.

En definitiva, bastan los supuestos de hecho y de Derecho, que son precisamente los motivos del acto, y la correspondiente motivación, para construir la estructura del acto administrativo y explicarlo tanto legal como jurisprudencialmente.

Los elementos formales, la forma, el procedimiento y la motivación mantienen toda su oportunidad, en tanto son la expresión de los elementos materiales o, lo que sería objeto de otro estudio, son necesarios para garantizar el debido proceso como garantía de los administrados.

LA INHABILITACIÓN DEL PRESIDENTE GUAIDÓ POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Freddy J. Orlando S.

*Profesor jubilado de las Universidades
Central de Venezuela y Católica Andrés Bello.
Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.
Ex presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.*

Resumen: Estudio de la decisión de la Contraloría General de la República por medio de la cual se inhabilitó a Juan Guaidó a través del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa.

Palabras Clave: Inhabilitación. Procedimiento. Responsabilidad. Contraloría General de la República. Sanción.

Summary: Palabras clave: Summary: Study of the Comptroller General's Office decision of disqualifying Juan Guaidó through the procedure for determining administrative responsibility.

Key words: Disqualification. Procedure. Responsibility. Comptroller General's Office. Sanction.

Recibido: 27 de abril de 2019 Aceptado: 20 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. Preliminar
- II. La Contraloría General de la República, integrante del Poder Ciudadano, Máximo órgano de Control Fiscal Externo y rector del Sistema Nacional de Control Fiscal
- III. Inconstitucionalidad de la norma en la que se fundamenta la sanción de inhabilitación
- IV. La situación de usurpación de poder en la que se halla inmerso el gobierno actual
- V. En torno a los principios que rigen la actividad de control fiscal

I. PRELIMINAR

He lamentado la muerte de mi querido Profesor Luis Henrique Farías Mata. Lo conocí antes de que me diera clases en 1963 en su cátedra de “Derecho Administrativo II”, en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV), pues fue mi profesor de “Sociología” en el 5º año de Bachillerato en el Liceo Fermín Toro de Caracas, en 1959.

Desde entonces tuve el honor de que me honrara con su sincera amistad. Por ese conocimiento que tuve de su persona, sé que el Profesor Luis Henrique Farías Mata tuvo una larga carrera profesional que llevó a cabo de manera cabal y exitosa en los diferentes ámbitos a los que lo condujo su condición de destacadísimo jurista. Su desempeño como docente fue ejemplar y disfrutaba impartir clases. Así nos lo expresó en diversas oportunidades en las que conversábamos en torno a ese punto.

Fue Director de los Cursos de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela y Decano de la Facultad de esta misma universidad. También fue catedrático en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad de Margarita. Se desempeñó como Asesor Jurídico del Congreso y por espacio de varios años estuvo encargado de la Procuraduría General de

la República. Ocupó el cargo de Magistrado de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, donde coadyuvó con sus ponencias y votos salvados a moldear aspectos fundamentales de nuestro Derecho Administrativo. Fue Magistrado Principal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Pero, sobre todo, el Profesor Luis Henrique Farías Mata fue un ejemplo a seguir en cuanto a la rectitud de principios a los que se ciñó en su diario vivir y, de manera particular, al abordar los temas que analizaba y las conclusiones a las que arribaba.

El trato respetuoso a las demás personas fue característico en sus relaciones interpersonales. La amistad que ofrecía *in extenso* a todos sus conocidos, en particular a sus alumnos, y la notoria humildad con las que llevó a cabo las distintas actividades en las que tuvo la oportunidad de desempeñarse, puso de relieve su condición de Maestro y de ciudadano ejemplar.

Las breves consideraciones que siguen sobre el tema arriba enunciado, constituyen nuestro modesto aporte al justo homenaje que se le ha querido rendir con el presente libro.

II. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, INTEGRANTE DEL PODER CIUDADANO, MÁXIMO ÓRGANO DE CONTROL FISCAL EXTERNO Y RECTOR DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL

La Constitución que nos rige se apartó de la clásica división de los poderes públicos de Montesquieu al crear, además de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, dos adicionales órganos del poder público, como lo son el Poder Ciudadano y el Poder Electoral. La Contraloría General de la República, conjuntamente con el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, integran el denominado Poder Ciudadano.

Lo cierto es que los resultados que arroja este órgano del poder público, como consecuencia de la actividad llevada a cabo durante los años de la “Revolución Socialista-Bolivariana del Siglo XXI”, han sido insatisfactorios, principalmente, por la falta de independencia en el cumplimiento de sus atribuciones. En efecto, su sumisión a las instrucciones que emanan del ejecutivo nacional, aparte de notorias, han servido para conculcar derechos ciudadanos, más que para protegerlos.

En el caso concreto de la Contraloría General de la República, se trata del máximo órgano de control fiscal externo en nuestro país. Fue concebido para que realizara sus competencias de manera absolutamente independiente de los demás órganos del Poder Público, sobre todo del ejecutivo nacional ya que es el llamado a controlar la ejecución del presupuesto nacional.

En efecto, el artículo 287 del vigente Texto Fundamental de la República dice, textualmente, lo siguiente: “La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control”.¹ No hay ninguna duda en cuanto al carácter universal en materia de control fiscal que la Constitución ha puesto en manos de la Contraloría General de la República para que dentro del ejercicio de sus competencias queden comprendidas todas las personas, naturales o jurídicas, que tenga a su cargo el manejo, la custodia o la administración de fondos o bienes públicos.

Por otra parte, es menester referir que el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, le confirió a este órgano

1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial N.º 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

el carácter de rector del mencionado sistema del cual forman parte también, las contralorías de los estados, de los municipios, de los Distritos, Distritos Metropolitanos, la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refieren los numerales 1 al 11, del artículo 9 de esa Ley.

No obstante, todo lo anterior, lo cierto es que sorprende que no se tenga conocimiento de que haya recaído sanción alguna sobre aquellos administradores de la cosa pública que han sido denunciados por haber distraído fondos del patrimonio público en provecho propio y han acumulado riquezas imposibles de amasar en el corto tiempo en que lo han logrado, por medio del trabajo honesto y emprendedor. En este sentido, los medios de comunicación, nacionales e internacionales, han informado ampliamente de fondos públicos existentes, por ejemplo, en bancos de Andorra, de Estados Unidos de Norteamérica, de España; de propiedades de funcionarios y ex funcionarios venezolanos en diferentes países del mundo, que sobrepasan la posibilidad de que hayan sido adquiridas con dinero bien habido, lo cual los ha llevado a declararse culpables ante las autoridades judiciales de aquellos países que sí han abierto las correspondientes averiguaciones; esos medios también han dado cuenta de la utilización de barcos o aviones procedentes de Venezuela con cargamentos de drogas o contrabando de oro u otros minerales de gran valor para la elaboración de armas nucleares; han reseñado la destrucción de la compañía petrolera estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA); la explotación ilegal de oro utilizando el denominado "Arco Minero del Orinoco" en el estado Bolívar, para lo cual han sido utilizados mineros que operan con el respaldo de militares venezolanos de alta graduación, previa expulsión, sin la correspondiente indemnización, de compañías extranjeras a quienes les arrebataron las concesiones que legítimamente habían obtenido; el escándalo de sobreprecio en la adquisición y posterior distribución de las denominadas cajas CLAP para hacer proselitismo político; los sobornos millonarios de la empresa Obredecht

para que fuera favorecida con contratos de obras, según declaraciones de la Fiscal Ortega Díaz en octubre de 2017, recogidas por el *New York Times*², etc., etc. En los informes anuales de la Contraloría General de la República, no aparece referencia de ningún tipo a esos escandalosos hechos de corrupción que han contribuido o han sido determinantes en el empobrecimiento de Venezuela.

Por el contrario, lo que sí ha abundado son los casos de inhabilitación a líderes opositores, incluso no habiendo de por medio la administración o custodia de fondos o bienes públicos. Así, entre los dirigentes que en un pasado reciente han sido inhabilitados por el máximo órgano de control fiscal externo, figuran, entre otros, Leopoldo López, Daniel Ceballos, César Pérez Vivas, Manuel Rosales, Henrique Capriles, María Corina Machado, Antonio Ledezma, Ramón Muchacho, Freddy Guevara. Todos, como consecuencia del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa, regulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal o en virtud de lo establecido en la Ley contra la Corrupción en materia de declaración jurada de patrimonio.

Ahora, a esta larga lista, ha sido agregado el Presidente encargado Juan Guaidó. La Contraloría de la República ha indicado en el comunicado que produjo para divulgar la noticia, que había encontrado una serie de “inconsistencias entre los bienes indicados en su declaración jurada de patrimonio y los ingresos que le ha correspondido percibir como diputado de la Asamblea Nacional, así como con los gastos exagerados y excesivos en su modo de vida que no se corresponden con el que puede financiar un funcionario público de su categoría. Se ha alojado en hoteles de lujo dentro y fuera del país.”³

2 Cfr. <https://www.nytimes.com/es/2017/10/13/nicolas-maduro-luisa-ortega-odebrecht/>

3 http://www.cgr.gob.ve/web/pdf/20190328_Comunicado_Oficial.pdf

Otro aspecto de dicho comunicado que vale la pena destacar, es la referencia que aparece en su considerando número siete, en el sentido de que “JUAN GERARDO ANTONIO GUAIDÓ MÁRQUEZ ha usurpado funciones públicas y cometido acciones con gobiernos extranjeros que han perjudicado al pueblo venezolano, al patrimonio público, creando un daño a la paz social, a la estabilidad democrática y al orden constitucional”, lo cual permite inferir que no es por la supuesta contrariedad entre la declaración jurada de patrimonio que, oportunamente y de acuerdo con la ley de la materia presentó Juan Guaidó al asumir las funciones de diputado de la república, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015, y la supuesta “inconsistencia” entre lo allí declarado y “el modo de vida” que ahora exhibe. Por supuesto que los viajes que él ha efectuado al exterior, fueron costeados con recursos proporcionados por los gobiernos de los más de cincuenta países que lo reconocen como legítimo presidente encargado de Venezuela.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA EN LA QUE SE FUNDAMENTA LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

Abstracción hecha de la situación de usurpación de poder que afecta la actividad del ejecutivo nacional y de los demás órganos del poder público a él subordinados, punto que examinaremos más adelante, lo cierto es que la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es absolutamente inconstitucional. En efecto, esta norma legal establece que, una vez declarada la responsabilidad administrativa, el Contralor General, atendiendo a la gravedad de la falta cometida y sin otro procedimiento, podrá declarar la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años. (Destacado nuestro).

Como lo hemos dicho en anteriores oportunidades y lo hemos reiterado precedentemente, el mencionado artículo 105

es inconstitucional toda vez que contraría el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra en sus ocho numerales un conjunto de garantías que integradas bajo la denominación de “garantías del debido proceso”, constituyen el instrumento fundamental para la búsqueda de la verdad en la labor de administrar justicia, con toda la rectitud que la sociedad espera de los organismos competentes.⁴ El numeral 6 en particular, expresa lo que se copia seguidamente: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Se trata de la disposición que consagra el denominado principio de la legalidad de la infracciones y sanciones que, en el caso específico de las infracciones administrativas, significa, por una parte, que los hechos que las constituyen tienen que estar previamente establecidos en una norma legal; y, por la otra, que la conducta o actuación constitutiva de infracción administrativa, esté debidamente “tipificada” en un instrumento normativo. De esta manera se puede conocer con anticipación cuál es el hecho prohibido.

Ahora bien, es indudable que el citado artículo 105 irrumpe contra el precepto constitucional que establece el requisito de tipicidad –inherente al principio de legalidad de las infracciones y penas– pues deja a juicio del Contralor General de la República, definir cuál es “la entidad del ilícito cometido”, así como “la gravedad de la irregularidad” en la que se habría incurrido para sancionar en mayor o menor grado. Este hecho constituye una evidente situación de indefensión para el investigado, reñida con la Constitución que nos rige. No es posible soslayar que todo lo concerniente al derecho administrativo sancionador, está informado por los principios de legalidad,

4 Orlando S. Freddy J. *La Potestad Inquisitiva de los Órganos de Control Fiscal y la Determinación de la Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos*. 3a. Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2011. pp 129-132.

de libertad y de seguridad jurídica, ampliamente consagrados en la vigente Constitución.

De tal manera que, no podía el legislador ordinario disponer que fuera la misma autoridad encargada de aplicar la sanción, la que determinara “la gravedad de la irregularidad cometida” o “la entidad del ilícito cometido”, a objeto de precisar la sanción a aplicar. Esta regulación no es otra cosa que una puerta franca a la arbitrariedad, al capricho y, por ende, al atropello, como ha venido ocurriendo.

Agréguese a lo expresado anteriormente, que el artículo 112 del Reglamento de dicha ley contiene ocho (8) “circunstancias” para graduar la pena a aplicar. Veamos el contenido de la precitada norma.

“Artículo 112. Para acordar la suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo o la destitución del cargo, e imponer la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, como sanciones accesorias a la declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley, el Contralor General de la República tomará en consideración **la entidad o gravedad** del ilícito o irregularidad administrativa que dio lugar a la declaratoria de dicha responsabilidad”.

En todo caso, para la graduación de la sanción tendrá en cuenta las circunstancias siguientes:

- 1) La **magnitud** del perjuicio causado al patrimonio público.
- 2) El número de ilícitos generadores de responsabilidad en que haya incurrido el declarado responsable.

- 3) La **gravedad o trascendencia** de las consecuencias económicas, sociales o de cualquier otra naturaleza derivadas de la conducta infractora.
- 4) La **cuantía del beneficio** ilícito obtenido por el declarado responsable, debidamente comprobado.
- 5) Si el acto, hecho u omisión afectó **gravemente** la legalidad, la efectividad, la eficiencia y economía de las operaciones administrativas del órgano o entidad donde ocurrieron.
- 6) Violación de los principios que rigen el Sistema Nacional de Control Fiscal, establecidos en el artículo 25 de la Ley, cuando se trate de actos, hechos u omisiones vinculados al ejercicio de las funciones de los órganos de control fiscal.
- 7) La reparación total del daño causado.
- 8) **Las demás circunstancias que resultaren aplicables a juicio del Contralor General de la República.**

La apreciación de las circunstancias señaladas, determinará la aplicación de la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo o la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por debajo de los límites previstos en el artículo 105 de la Ley, de manera que la sanción sea proporcional a la entidad de la irregularidad administrativa cometida”. (Destacado nuestro).

De la norma copiada anteriormente, se evidencia que los supuestos allí establecidos para graduar la pena a aplicar, agrava la inconstitucionalidad del artículo 105, pues introduce una serie de conceptos jurídicos indeterminados, tales como “magnitud”, “trascendencia”, “cuantía del beneficio”, dejando en manos del Contralor la determinación de los hechos o conductas ilícitas y puerta franca para su utilización en el

debate político pues no hay que olvidar que la posición oficial de la Contraloría General de la República en torno al tema de la inhabilitación que tiene la potestad de imponer a su antojo, ha sido de que ésta aparta de la lucha política a opositores del actual gobierno, pues impide que el órgano electoral acepte postulaciones para cargos de elección popular y no sólo a los que acceden a la función pública por virtud de un nombramiento.

Agréguese a lo anterior, la circunstancia de que conforme a los artículos 39, 42 y 62 de la Constitución que nos rige y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la inhabilitación política puede ser acordada únicamente por medio de una sentencia judicial definitivamente firme, es decir, por medio de un acto emanado de un tribunal de la república y no a través de un acto administrativo dictado por el Contralor de la República.

IV. LA SITUACIÓN DE USURPACIÓN DE PODER EN LA QUE SE HALLA INMERSO EL GOBIERNO ACTUAL

Como bien lo expresa el Profesor Allan R. Brewer-Carías en su estudio “El Régimen en su Laberinto y la Asamblea Nacional al Rescate de La Democracia (Enero 2019)”⁵, “Desde mayo de 2018, puede decirse que la suerte del régimen en Venezuela estaba definida, nacional e internacionalmente, en el sentido de que desconocida como fue la “reelección” de Nicolás Maduro efectuada el 20 de mayo de 2018, la consecuencia era que no se reconocería que pudiera pretender juramentarse como presidente de la República el 10 de enero de 2019 para un nuevo período constitucional 2019-2025, cuando terminara el período constitucional 2013-2019 (...) dicha “reelección” presidencial se hizo mediante convocatoria por parte de la fraudulenta e incons-

5 <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/02/188.-Brewer.-El-r%C3%A9gimen-en-su-laberinto-y-la-AN-al-rescate-de-la-democracia-enero-2019-7.pdf>

titucional Asamblea Nacional Constituyente, no cumpliendo la misma con los estándares nacionales e internacionales propios de un proceso democrático, libre, justo y transparente; razón por la cual la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo adoptado el día 22 de mayo de 2018, ya desde entonces denunció dicho proceso electoral del 20 de mayo de 2018, como una “farsa,”...

Pero no fue solamente la legítima Asamblea Nacional la que pronunció la usurpación de poder en la que ha incurrido el gobierno de Maduro, sino que más de cincuenta países de América y Europa reconocen a Guaidó como el legítimo presidente de Venezuela, dado que habiendo concluido el período presidencial 2013-2019 el día 10 de enero ese último año y existiendo una acefalía en el órgano ejecutivo, ese vacío lo debía llenar, conforme a interpretación analógica de lo previsto en la segunda parte del artículo 233 constitucional, el presidente de la Asamblea Nacional. En efecto, según dicha norma, “Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.”

Siendo así las cosas y tomando en cuenta, además, que la irrita Asamblea Nacional Constituyente, fue la que nombró en octubre de 2017 al actual “Contralor General de la República” titular del máximo ente de control fiscal y no la Asamblea Nacional, único órgano legítimo y constitucional en Venezuela a quien corresponde efectuar dicho nombramiento, es evidente que todos los actos que de él emanen son nulos de nulidad absoluta. Así lo prevé el artículo 138 constitucional, conforme al cual “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”

V. EN TORNO A LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DE CONTROL FISCAL

No está de más expresar que el Sistema Nacional de Control Fiscal se rige por unos principios que propugnan, entre otros, la objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de sus importantes atribuciones. Ciertamente, el artículo 25 que es la norma que los contiene, reza así:

“El Sistema Nacional de Control Fiscal se regirá por los siguientes principios:

1. La capacidad financiera y la independencia presupuestaria de los órganos encargados del control fiscal, que le permitan ejercer eficientemente sus funciones.
2. El apoliticismo partidista de la gestión fiscalizadora en todos los estratos y niveles del control fiscal.
3. El carácter técnico en el ejercicio del control fiscal.
4. La oportunidad en el ejercicio del control fiscal y en la presentación de resultados.
5. La economía en el ejercicio del control fiscal, de manera que su costo no exceda de los beneficios esperados.
6. La celeridad en las actuaciones de control fiscal sin entorpecer la gestión de la Administración Pública.
7. La participación de la ciudadanía en la gestión contralora.”

Por su parte, el artículo 8, *ejusdem*, contiene otro principio que armoniza con el establecido en el transcrito numeral 2. Esta norma dice así:

“Artículo 8. Las funciones que la Constitución de la República y las leyes atribuyen a la Contraloría General de la República y a los demás órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal deben ser ejercidas con objetividad e imparcialidad.”

De manera que la objetividad, la imparcialidad y el apoliticismo, son principios de impretermisible observancia si se quiere realizar la actividad de control con estricto apego a la ley que rige las funciones del órgano rector del sistema nacional de control fiscal.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar que no es sólo la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República la que contiene los aludidos principios. En efecto, otras normas legales del ordenamiento jurídico venezolano, también han plasmado en su texto una regulación similar. Por ejemplo, la primera parte del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, establece la obligatoriedad de que ésta “desarrolle sus actividades con base en los principios de (...) objetividad, imparcialidad...”⁶

El Código de Ética de las Servidores y Servidores Públicos, dictado por el Consejo Moral Republicano, órgano de expresión del Poder Ciudadano, en su artículo 5, numeral 6 señala como una obligación de los funcionarios públicos, “Proceder con objetividad e imparcialidad en todas las decisiones que le corresponde tomar y en los asuntos en los que deba intervenir”⁷.

De todas las normas antes referidas, se pone de manifiesto que la obligación de la Contraloría General de la República de actuar con estricto apego a los citados principios de imparcialidad, objetividad y apoliticismo, es insoslayable.

6 Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

7 Gaceta Oficial No. 40.314 de fecha 12 de diciembre de 2013.

La pregunta que habría que formular es la siguiente: ¿lo ha hecho en todos los casos en que ha inhabilitado a dirigentes y opositores del régimen socialista “del siglo XXI” ?, ¿lo hizo en el caso del Presidente de la Asamblea Nacional y Presidente encargado, Juan Guaidó Márquez?

Montreal, 26 de marzo de 2019

LAS PONENCIAS DE FARÍAS MATA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (1981-1985)

Gabriel Sira Santana¹

Resumen: La colaboración reseña algunas de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa que, durante el período 1981-1985, contaron con ponencias del profesor Luis Henrique Farías Mata y abordaron temas como las potestades de la Administración Pública, la discrecionalidad administrativa, el acto administrativo, los procedimientos y recursos administrativos, la suspensión de efectos del acto administrativo, el contencioso-administrativo y las expropiaciones.

Palabras Clave: Jurisprudencia. Discrecionalidad. Acto administrativo. Expropiación.

Summary: This paper reviews some judgments from the Supreme Court of Justice in the Political-Administrative Chamber that, during the 1981-1985 period, were addressed by Professor Luis Henrique Farías Mata, in which topics such as the powers of the Public Administration, the administrative discretion, the administrative act, the procedures and administrative appeals, the suspension of the effects of the administrative act, the contentious-administrative jurisdiction and expropriations were discussed.

Key words: Jurisprudence. Discretion. Administrative act. Expropriations.

Recibido: 28 de marzo de 2019 Aceptado: 25 de septiembre de 2019

1 Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

SUMARIO

Introducción

- I. Potestades de la Administración Pública
- II. Discrecionalidad administrativa
- III. Acto administrativo
- IV. Procedimiento y recursos administrativos
- V. Suspensión de efectos del acto administrativo
- VI. Contencioso-administrativo
- VII. Tributos
- VIII. Expropiaciones
- IX. Atribuciones de la Contraloría General de la República

INTRODUCCIÓN

Cuando recibimos la invitación para este número especial de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, dedicado al estudio de la vida y obra del profesor Luis Henrique Farías Mata, nuestra intención original era reseñar los fallos de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SPA/TSJ) que, en su parte motiva, aludían a los criterios asentados por el Magistrado Farías Mata.

No obstante, luego de efectuar la investigación respectiva el resultado fue sumamente exiguo: en casi veinte años de decisiones judiciales (del año 2000 a 2018), en solo cinco fallos la SPA/TSJ citó al homenajeado².

2 Nótese que la investigación partió de la información disponible en el sitio web del Poder Judicial (<http://www.tsj.gob.ve>), ubicando en el texto de los fallos el nombre "Farías Mata". Asimismo, se excluyeron de los resultados las menciones al Magistrado en la parte narrativa de los fallos, sumamente frecuentes durante los primeros años de la SPA/TSJ por continuar ante ella los procesos judiciales que en su momento se ventilaban ante la Sala Político-Administrativa, pero de la Corte Suprema de Justicia, donde dicho profesor fungió como Magistrado durante los años 1981-1995.

Así encontramos que en el fallo N° 8 del 20-01-2000 (caso: Importadora Americana Sucesores de Hermanos Duzoglu C.A.) -uno de los primeros de la SPA/TSJ- el Magistrado Gustavo Urdaneta Troconis salvó su voto y, en su fundamentación, mencionó el criterio expuesto por Farías Mata en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (en lo sucesivo, SPA/CSJ) del 04-03-1993, conforme con el cual al “interponerse con juntamente [sic] la acción de amparo con alguna acción contencioso-administrativa, el juzgador, para poder dar cumplimiento a la previsión del parágrafo único del artículo 5 de la Ley orgánica de Amparo, deberá entrar a conocer directamente el fondo de la solicitud de amparo sin revisar tampoco las causales de inadmisibilidad contempladas en el artículo 6 ej [sic] ejusdem”³.

En el mismo año -fallo N° 1598 del 06-07-2000 (caso: Rafael Ángel Rojas Simancas v. Contraloría General de la República)- la SPA/TSJ apuntó que:

Tal como lo señala el profesor FARÍAS MATA, en la Administración Pública, existen cargos de carrera y de libre nombramiento y remoción y además, cargos de alto nivel o de confianza; y funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción, estableciéndose dos clases de funcionarios (los de carrera y los de libre nombramiento y remoción) para ocupar tres categorías de cargos (de carrera, de libre nombramiento y remoción y de alto nivel o confianza)⁴.

3 Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00008-200100-9541.HTM>

4 Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01598-060700-16205.HTM> Advertimos que en esta oportunidad no se indicó de dónde provenía la cita del Magistrado Farías Mata, lo que si bien contraría las técnicas bibliográficas más elementales, no puede considerarse un hecho aislado sino una práctica común de nuestros tribunales. Véase al respecto Allan R Brewer-Carías, “Sobre la influencia de García de Enterría en Venezuela, la noción de acto administrativo y el abuso jurisprudencial en la cita de su obra”, *La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial

De seguida, en el fallo N° 389 del 22-04-2004 (caso: Omar Arenas Candelo v. Consejo de la Judicatura) se nombraron dos ponencias del Magistrado Farías Mata –SPA/CSJ del 02-12-1982 y del 16-05-1983– en las que expresó que la motivación era “particularmente exigible en los actos predominantemente discrecionales”⁵.

Unos meses después la SPA/TSJ citó en su fallo N° 907 del 27-07-2004 (caso: José Bravo Paredes) la sentencia del 20-04-1989 de la SPA/CSJ en la que Farías Mata afirmó que “conforme a lo establecido en los artículos 59 y 349 del Código de Procedimiento Civil, la consulta sobre jurisdicción y la regulación de la misma, solo podrán ser solicitadas con posterioridad al pronunciamiento del juez donde afirme o niegue la jurisdicción del tribunal que esté conociendo de la causa, bien esta decisión se haya producido de oficio o a instancia de parte”, luego de lo cual parafrasearía el contenido de los artículos mencionados⁶.

Finalmente, en el año 2010 la SPA/TSJ mediante fallo N° 374 del 05-05-2010 (caso: Hugo Boss AG v. Ministerio de la Producción y el Comercio), trajo a colación un criterio sustentado por Farías Mata no ya en la Corte Suprema de Justicia sino en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde determinó qué debía entenderse por una marca notoria y cómo procedía su prueba⁷.

Cinco menciones en poco más de cuarenta mil decisiones que, si bien dejan entrever las diversas áreas de conocimiento manejadas por el homenajeador (derecho administrativo, funcionarial, procesal, de la integración, entre otros), no deve-

Temis / Editorial Jurídica Venezolana / Tirant lo blanch / AIDA, Bogotá, 2014, pp. 3-24.

5 Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00389-220404-1980-2857.HTM>

6 Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00907-270704-1999-16159.HTM>

7 Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00374-5510-2010-2004-0006.HTML>

lan su influencia sobre nuestro ordenamiento jurídico pues, de lo narrado, podría pensarse que el profesor Farías Mata tuvo pocas ponencias de valor... lo que sin duda constituiría un error⁸. No en vano, autores como José Ignacio Hernández han señalado que “[e]n la historia de los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por la Sala Político-Administrativa, la figura de Luis H. Farías Mata destaca” al ser “ponente de decisiones que son, hoy día, piedras angulares del Derecho Administrativo venezolano, a pesar de los cambios transcurridos desde entonces. Sus votos salvados, igualmente, son fuente relevante para el análisis de esa etapa de nuestro Derecho Administrativo”⁹.

Es por este motivo que optamos por abandonar nuestra idea original y, en cambio, hemos decidido presentar una recopilación sistemática de las ponencias del Magistrado Farías Mata en la SPA/CSJ, con el objetivo de facilitar su consulta por parte de los miembros del foro y constatar la relevancia de sus razonamientos.

En este sentido, nuestra colaboración se basará en la “información jurisprudencial” compilada por Mary Ramos Fernández en los N° 5 a 24 de la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana (en lo sucesivo, RDP), que abarcan el período 1981-1985 y se traducen en los primeros cinco años de Luis Henrique Farías Mata como Magistrado de la SPA/CSJ, quedando el período 1986-1995 para un estudio posterior por razones de tiempo.

8 Nótese que lo aquí reseñado puede responder a un desconocimiento de la obra de Farías Mata no a título personal sino con motivo de su nacionalidad ya que, como ha sostenido la doctrina, “los Magistrados del Tribunal Supremo comenzaron a imponer censura a la cita de casi todos los autores nacionales, particularmente a partir de 1999, cuando materialmente dejaron de ser citados”. Véase A.R. Brewer-Carías, ob. cit., pp. 11-12.

9 José Ignacio Hernández, *Luis Henrique Farías Mata y la construcción jurisprudencial del Derecho Administrativo venezolano. introducción al estudio sistemático de las decisiones y votos salvados del Magistrado Farías Mata*, consultado en original.

Dicho esto, las 64 sentencias reseñadas pueden clasificarse en los siguientes grupos, según desarrollaremos de seguida: (i) Potestades de la Administración Pública; (ii) Discrecionalidad administrativa; (iii) Acto administrativo; (iv) Procedimiento y recursos administrativos; (v) Suspensión de efectos del acto administrativo; (vi) Contencioso-administrativo; (vii) Tributos; (viii) Expropiaciones; y (ix) Atribuciones de la Contraloría General de la República.

I. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Potestad reglamentaria

De acuerdo con el ordenamiento jurídico y la doctrina, el ejercicio de la potestad reglamentaria –entendida en el foro como la facultad de la Administración Pública para ejecutar, complementar o desarrollar la ley previa autorización del legislador, dada la imposibilidad de este último de regular con total precisión y detalle los supuestos de hecho que podrían materializarse en la práctica¹⁰– está sujeto a límites adjetivos y sustantivos¹¹.

Es justamente sobre estos límites que Farías Mata se pronunció en el año 1983 al señalar que “el exceso en que incurrir el poder reglamentario al extender el ámbito de aplicación del acto recurrido [Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa del Estado Bolívar] más allá de la norma superior que desarrolla”, desvirtuaba el espíritu, propósito y razón de dicha

10 Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I (5° reimp.), TSJ, Caracas, 2006, pp. 527-628.

11 Véase José Antonio Muci Borjas, *Potestad reglamentaria y reglamento*, Editorial Jurídica Venezolana / ACIENPOL, Caracas, 2017. El autor incluye dentro de los primeros los derivados del procedimiento normativo –entre los que destaca la necesidad de la consulta pública– y, como parte de los segundos, la reserva legal, los principios generales del Derecho y la letra, espíritu, propósito y razón de la ley que se pretende reglamentar.

ley, contraviniendo así los límites constitucionales de la potestad estudiada¹².

No obstante, como la Constitución sometía esta potestad únicamente a la “exclusiva limitación de no alterar el espíritu, propósito y razón de la ley que reglamentan”, continuaba el Magistrado, “en tanto no [se] traicione la mente (espíritu), ni la finalidad (propósito) por ella perseguida, ni el fundamento (razón) en el cual la ley reglamentada reposa”¹³, por vía reglamentaria sí podían establecerse requisitos no previstos en la ley –en el caso concreto, para la creación de organizaciones sindicales– ya que, como sostenía la doctrina de la época, los reglamentos podían ser complementarios o de aplicación¹⁴, encajando el caso planteado en este último supuesto, aunque hoy sea más común hablar de reglamentos ejecutivos, autónomos y delegados¹⁵.

12 SPA/CSJ N° 208 del 20-10-1983 (RDP N° 16). Recuérdese que según el numeral 10 del artículo 190 de la Constitución de 1961, eran “atribuciones y deberes del Presidente de la República: (...) 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”. La disposición se encuentra hoy en el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución de 1999, sustituyéndose únicamente el término “deberes” por “obligaciones”.

13 Ibíd. Nótese que este razonamiento del Magistrado es traído a colación por J.A. Muci Borjas, ob. cit., pp. 349-356, al afirmar que el espíritu guarda relación con la interpretación lógica de la ley que no puede ir en contra de su mente o intención, el propósito con la finalidad y la razón con el fundamento jurídico y fáctico o los motivos que condujeron a su sanción.

14 Al respecto téngase presente que los reglamentos complementarios son definidos por Moles Caubet –según cita Farías Mata en la sentencia que reseñamos– como aquellos que pretenden “ejecutar el contenido de la ley sin extralimitarlo. Por tanto el contenido de la ley representa un modelo preformado que ha de reproducirse (...) a escala”, sin que puedan innovar o establecer “principios, deberes y obligaciones distintos a los que declare la ley” y, respecto a las formalidades, pueden solo “precisar las condiciones para su cumplimiento, pero sin añadir otr[as] diferentes”. Los segundos, en tanto, y según el mismo autor, “desenvuelven las proposiciones fundamentales, las reglas enunciadas o las normas carentes de una completa formulación, con el objeto de hacerlas aplicables”.

15 Dado que la materia rebasa nuestro objeto de estudio, se recomienda la consulta de J. Peña Solís, *Manual...*, ob. cit., pp. 531-542 y J.A. Muci Borjas, ob. cit., pp. 206-252.

En todo caso, independientemente del tipo de reglamento del que se tratase, Farías Mata recalcó que ellos –inclusive si se consideraban de carácter interno¹⁶– no escapaban del control judicial ya que “[l]enta, pero firme, ha sido precisamente la lucha del contencioso-administrativo en su legítimo derecho de controlar aparentes reglamentaciones internas que, sin embargo, trascienden de la órbita administrativa para lesionar al particular”¹⁷.

2. Potestad sancionatoria

Dos son las ponencias de Farías Mata durante el período estudiado que nos interesan respecto a la potestad sancionatoria de la Administración, o “la situación de poder originada en una norma expresa de la Constitución que faculta a la Administración Pública para infligir un mal a los ciudadanos, (...) cuando éstos infrinjan una orden o prohibición definida en una norma legal, previa determinación de la culpabilidad del imputado, mediante el debido procedimiento administrativo”¹⁸.

En la primera de ellas, el Magistrado expresó que el desconocimiento del derecho a la defensa en los procedimientos sancionatorios era causal suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo visto que, como había decidido la Sala en oportunidades anteriores:

(...) el derecho de defensa debe ser considerado no solo como oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor, de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de cualquier sanción, de un conjunto de actos o proce-

16 Definidos por Peña Solís como los “inherentes a toda organización de ciertas dimensiones” cuyo objeto es la “regulación del funcionamiento y de las relaciones de sujeción especial que se dan entre la organización y sus integrantes”. J. Peña Solís, *Manual...*, ob. cit., p. 371.

17 SPA/CSJ del 06-06-1985 (RDP N° 23).

18 José Peña Solís, *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, TSJ, Caracas, 2005, p. 72.

dimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar las pruebas que obren en su favor¹⁹.

Aunando en este aspecto procedimental y garantista²⁰, Farías Mata agregó en otra sentencia que “si bien lo recomendable resulta el orientar la práctica procedimental de aquellos órganos administrativos que tengan a su cargo la imposición de multas hacia una uniformidad destinada a garantizar la certidumbre jurídica del administrado”²¹, cuando ello no era posible, se requería, al menos, “el conocimiento por parte del administrado de la irregularidad que se le imputa, evitando así cualquier posible indensión [sic], y, lo que es más importante, permitiéndole corregir los vicios o situaciones irregulares capaces de originar una sanción”; destacando a su vez que la notificación en prensa “sólo es aplicable como un procedimiento subsidiario que, por tanto, procede únicamente cuando se desconociere la residencia del contraventor”²².

19 SPA/CSJ N° 32 del 23-01-1984 (RDP N° 17). Sobre la necesidad e importancia del procedimiento administrativo sancionatorio para evitar las sanciones de plano, véase J. Peña Solís, *La potestad...*, ob. cit., pp. 387-398 y José Gregorio Silva Bocaney, “El debido proceso en el derecho sancionatorio”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2016, pp. 779-800.

20 No en vano se ha dicho que el procedimiento administrativo es “una herramienta que busca ordenar la actuación administrativa y establecer sus límites, en aras de garantizar los derechos de las personas”. Véase Flavia Pesci Feltri, “Los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela”, *II Congreso venezolano de Derecho Administrativo*, vol. II (*procedimiento administrativo y contencioso-administrativo*), FUNEDA / AVEDA, Caracas, 2014, p. 11.

21 Lo que hoy claramente no se ha logrado, pues basta revisar las múltiples leyes y decretos-leyes que prevén infracciones y sanciones administrativas para constatar la diversidad de procedimientos aplicables según sea la autoridad que decide o la materia involucrada.

22 SPA/CSJ N° 91 del 03-04-1984 (RDP N° 18). El criterio asentado puede ser considerado como parte integrante de lo que Peña Solís denomina las “garantías derivadas del principio de legalidad sancionatorio” y que incluyen, entre otros, la necesidad de una ley previa y cierta y el respeto de

Finalmente, en esta misma decisión el Magistrado sostuvo que el ejercicio de la potestad sancionatoria puede ser el resultado de esfuerzos coordinados de diferentes órganos y entes de la Administración Pública, por lo que debe interpretarse “a la luz de la atribución de competencias complementarias que parece evidenciarse en la intención del legislador”, como lo serían –en el caso concreto– las funciones del otrora Ministerio de Sanidad para la protección de la salud del consumidor de alimentos de consumo humano y del Ministerio de Fomento para normalizar la calidad de dichos productos, “como medio de hacer efectiva aquella protección” siempre que –agregamos nosotros– no haya vulneración del principio *non bis in ídem*²³.

II. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Tal como exponen en el foro, la discrecionalidad administrativa como manifestación del principio de legalidad opera cuando la actividad de la Administración “no está definida anticipadamente en todos sus aspectos”, ya que el legislador “no establece todos y cada uno de los requisitos” para su ejercicio sino, más bien, concede una “[l]ibertad de selección entre múltiples opciones (adoptar o no la decisión, cómo, cuándo y bajo qué condiciones)”, al considerar que “la Administración está en mejor posición por su capacidad técnica y operativa así como por su mayor relación con el medio económico y social, para resolver con prontitud y eficacia las cambiantes necesidades sociales”²⁴.

los principios de culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y *non bis in ídem*. Véase J. Peña Solís, *La potestad...*, ob. cit., pp. 75-266.

23 Ibid.

24 Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina hispanoamericana”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2016, pp. 341-344.

Es sobre esta libertad de elección que recae una de las ponencias más importantes del Magistrado Farías Mata. Tanto, que se reconoce por su nombre: el Caso Depositaria Judicial²⁵.

Sin pretender ahondar en los detalles del asunto pues ello rebasaría el objeto de estas líneas, en esta decisión el homenajeado indicó que el acto administrativo que permitía el funcionamiento de una depositaria judicial –consistente en una autorización dada por el para entonces Ministerio de Justicia, de acuerdo con lo previsto en la Ley sobre Depósito Judicial²⁶– era un acto “más o menos discrecional más o menos reglado”, en el sentido que es “por esencia discrecional, pero de una discrecionalidad limitada por la Ley respectiva”.

Así, el cumplimiento de los requisitos a cargo del solicitante y la motivación por parte de la Administración fungían “como elementos fijos (reglado) del acto de autorización”, mientras que la valoración de los hechos que realizara la Administración para determinar “si es conveniente la concesión de la autorización a una persona para que se desempeñe como depositaria judicial” sería el elemento variable (discrecional) del acto. Lo anterior, visto que al haber el legislador empleado el verbo “podrá” para referirse a la competencia del ministro en la materia (y no “deberá” o “estará obligado a”), el mismo facultó a la Administración para “conceder la autorización o no, aun cuando el solicitante llene todos los requisitos”.

25 SPA/CSJ N° 205 del 02-11-1982 (RDP N° 12). Solo a modo de muestra, véanse las citas a este fallo en María Alejandra Correa, “Estado de Justicia: control judicial plenario”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 159-168; Alexander Espinoza y Jhenny Rivas, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* (2° ed.), Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas, 2011; y Alberto Blanco-Urbe Quintero, “Régimen jurídico de las oficinas de representación de instituciones financieras no domiciliadas en Venezuela”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 150, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1992.

26 Publicada en Gaceta Oficial N° 28.213 del 16-12-1966.

Este razonamiento le permitió llegar a una conclusión hoy ampliamente aceptada en el foro y que venía siendo desarrollada por el Derecho Comparado²⁷: la contraposición entre el acto discrecional y el acto regla según la libertad con que cuenta la Administración para actuar no es más que una “falsa oposición construida teóricamente por la doctrina del siglo XIX” que “bien pronto mereció acerbos críticas basadas unas en razones teóricas y otras en consideraciones pragmáticas atañederas a la vida misma del Estado”, ya que, partiendo de la realidad de que es imposible que el legislador regule toda la actividad de la Administración, y que esta última debe valorar la oportunidad y conveniencia de sus actuaciones, lo cierto del caso es que por más discrecional que sea la atribución administrativa siempre habrán elementos reglados –por ejemplo, la competencia y los requisitos de forma– que no escapan del control jurisdiccional y, por ende, impiden hablar de actos absolutamente discrecionales.

Y así lo ratificaría algunos meses después al afirmar que la discrecionalidad se encuentra sujeta a límites por el principio de legalidad y –particularmente– el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁸ (en lo sucesivo, LOPA) según el cual, “[a]un cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”²⁹; definiéndose esta facultad, en definitiva, como “la potestad de decidir (otorgando, negando o anulando, en el caso concreto), previo análisis y evaluación de las circunstancias de hecho y de derecho, lo que a su juicio resulte más apropiado”³⁰.

27 Véanse al respecto las citas y menciones a Sayagués, Zanobini, Hauriou, Garrido Falla y Arias de Velasco en la sentencia que comentamos.

28 Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

29 Citado en SPA/CSJ N° 146 del 12-07-1983 (RDP N° 16).

30 SPA/CSJ N° 187 del 12-07-1984 (RDP N° 19).

Como complemento de lo anterior, en contraposición a estos actos predominantemente discrecionales se encontrarían los actos predominantemente reglados, o aquellos en los que la ley “no (...) faculta para apreciar la oportunidad o conveniencia” como sería –por ejemplo– la labor del registrador visto que, “si una solicitud de inscripción (...) llena todos los requisitos y condiciones legalmente exigidos, debe el Registrador acceder a lo solicitado; por el contrario, si no cumple alguna de esas condiciones, el Registrador no sólo puede, sino que debe, negarse a practicar el registro”³¹. Claro está, continúa la sentencia, actuando de forma razonada y “con inclusión de todos los motivos en los cuales se fundamente la decisión”. Argumento que dará pie a uno de los tópicos más desarrollados en las ponencias del homenajeado, según veremos de seguida.

III. ACTO ADMINISTRATIVO

Farías Mata no conceptualizó al acto administrativo en los extractos consultados³². No obstante, sí precisó que ellos se encontraban constreñidos por el “bloque de legalidad” que planteaba “la entera sumisión de la administración a la ley” y “no sólo la sujeción del funcionario administrativo – en sus actuaciones generales y en las concretas– tanto, y en primer lugar, la ley formal como, en segundo término, a las instrucciones emanadas del funcionario superior (principio de la jerarquía administrativa), sino que también, y finalmente, queda el mismo funcionario vinculado en sus actuaciones

31 SPA/CSJ N° 188 del 12-07-1984 (RDP N° 19).

32 Véase para tal concepto, entre otros, Flavia Pesci Feltri, “Algunas notas sobre la evolución doctrinal de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo venezolano”, *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 865-891, donde la autora, valiéndose del criterio mixto, los define como “todo acto jurídico dictado en ejecución directa de la ley, emanado de todos los Poderes Públicos en ejercicio de una función administrativa o en ejecución de normas de Derecho Administrativo”.

concretas por las propias normas generales que previamente él dictare (autovinculación)”³³.

Es decir, que el principio de legalidad se constituiría como la base del acto administrativo -no podía ser de otra forma, considerando que este principio es el fundamento del ejercicio del Poder Público en general³⁴- y, al vulnerarse, cabría hablar de los vicios del acto administrativo y su eventual declaratoria de nulidad³⁵.

En este sentido, aun cuando el Magistrado se paseó por una serie de temas tales como la relevancia del elemento formal -específicamente, el quórum de instalación y de decisión- en la constitución de la voluntad de los órganos colegiados de carácter público y representativos de la soberanía popular³⁶ o la distinción entre actos administrativos cuyos efectos “se agotan de una sola vez” -como la imposición de una multa o la amonestación de un funcionario-, actos cuyos efectos son “permanentes” en el sentido que “dur[a]n hasta tanto se produzca la extinción del acto” y actos cuyos efectos “se producen durante un tiempo más o menos extenso, vencido el cual el acto se considera consumado o agotado”³⁷ -aspecto de especial relevancia al abordar la caducidad para impugnar el acto administrativo de efectos temporales-, dos fueron los temas sobre los que giraron sus aproximaciones: la llamada presunción de legitimidad del acto administrativo, por un lado, y la motivación, por el otro.

33 SPA/CSJ del 06-06-1985 (RDP N° 23).

34 Véase Gonzalo Pérez Luciani, *El principio de legalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

35 Un ejemplo de estos vicios lo encontramos en la sentencia SPA/CSJ N° 110 del 03-06-1982 (RDP N° 11) donde el Magistrado manifestó que las formas de adquisición de ejidos por los municipios eran las previstas en la Ley de Tierras Baldías y Ejidos -publicada en Gaceta Oficial del 03-09-1936- y, por lo tanto, “cualquier otro procedimiento resulta ilegal y, eventualmente, atentatorio contra la propiedad privada que, en ordenamientos jurídicos como el nuestro, se encuentra constitucionalmente protegida”.

36 SPA/CSJ N° 167 del 09-08-1982 (RDP N° 11).

37 SPA/CSJ N° 116 del 25-04-1985 (RDP N° 22).

1. Presunción de legitimidad

Hoy en día la “presunción de legitimidad” del acto administrativo ha sido puesta en duda por un importante y creciente sector del foro que argumenta –entre otros– que carece de fundamento normativo y no se trata de una presunción en sentido técnico-jurídico³⁸, aunque la noción siga contando con el respaldo del Poder Judicial y otro sector doctrinal según el cual el acto administrativo se tiene como válido y conforme a derecho hasta tanto no se declare viciado, invirtiéndose en consecuencia la carga de la prueba en perjuicio del particular³⁹.

Es dentro de estas últimas líneas que Farías Mata expuso en más de una ocasión que “[l]a posibilidad atribuida a la Administración de materializar inmediatamente sus actuaciones –principio de ejecutoriedad del acto administrativo– es un privilegio consagrado a su favor justificado por la doctrina en la presunción de legalidad que acompaña a las actuaciones administrativas, y descansa en la razón de orden pragmático de que la inobservancia del principio podría paralizar a la administración”⁴⁰.

No obstante, y basado en fallos anteriores de la misma Sala, Farías Mata destacó que a pesar de que esta presunción “existe” por las razones indicadas *ut supra*, la carga de la prueba:

38 Véanse las distintas colaboraciones recopiladas en Serviliano Abache Carvajal / Laura Louza Scognamiglio (coordinadores), *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial en el contencioso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana / FUNEDA, Caracas, 2016, en adición al libro que dio origen a esa obra colectiva: Serviliano Abache Carvajal, *La atipicidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana / FUNEDA, Caracas, 2012.

39 Véase José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo*. Parte General (2° reimp.), Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 499-503.

40 SPA/CSJ N° 162 del 03-08-1982 (RDP N° 11), reiterado en SPA/CSJ N° 129 del 21-06-1983 (RDP N° 15).

(...) no se invierte (...) invariablemente en razón de la presunción de legitimidad, derivada de su cabal conformidad a la ley, que acompaña a los actos administrativos, ya que dicha presunción, *iuris tantum*, que ampararía, en rigor, sólo a los actos administrativos cumplidos por funcionarios legalmente competentes, en ejercicio de las atribuciones que le son propias, no puede extenderse hasta la liberación de la carga de la prueba para aquellos otros actos emanados de funcionarios cuya identidad y competencia ha sido precisamente cuestionada en razón de la ausencia de norma expresa al respecto, norma cuya existencia habría de ser, precisamente, la fuente de esa presunción de legitimidad⁴¹.

Por el contrario, según el criterio del Magistrado, la inversión comentada sí ocurriría en caso de reparos pues, al ser estos formulados por la Administración, “corresponde al reparado la carga de la prueba, a fin de enervar la aseveración contenida en el Acta o en el Pliego de Reparación (...) en virtud de la presunción *iuris tantum* de veracidad que ampara los instrumentos fiscales mencionados”⁴².

2. Motivación

Múltiples son las ponencias de Farías Mata en las que resaltó la importancia de la motivación del acto administrativo –es decir, “la manifestación de los hechos en que el acto se funda, y en la regla jurídica en que se basa”⁴³– al sostener, por ejemplo, que:

La expresión de los motivos que fundamentan la decisión es un requisito formal que se convierte en garantía para el administrado de la posibilidad de recurrir certeramente, lo que redundará en un adecuado control jurisdiccional de

41 SPA/CSJ N° 88 del 22-04-1982 (RDP N° 10).

42 SPA/CSJ N° 295 del 29-11-1984 (RDP N° 20).

43 Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo* (5° ed.), UCV, Caracas, 1983, p. 164.

la legalidad de la actuación administrativa, provechoso también en última instancia para la propia Administración ya que, a su vez, se constituye en garantía para ésta de acierto en sus decisiones (...). Se extrema el rigor en el análisis de los motivos expresados, porque debe existir la debida proporcionalidad y congruencia en las razones de hecho y de derecho explicitadas en la motivación, así como la máxima claridad en la exposición de las mismas. En consecuencia, por inmotivación ha de entenderse aún la precaria, insuficiente, incongruente o inadecuada motivación⁴⁴.

Aunando en estos vicios, el Magistrado subrayó algunos meses después que aunque “es cierto que la inmotivación insuficiente y la ausencia de motivación, así como el falso supuesto de hecho, vicios todos que afectan al elemento causa del acto administrativo, se equiparan en cuanto a la sanción genérica que el vicio recibe (anulación)”, la distinción entre unos y otros era relevante ya que la gravedad “en la carencia absoluta o en la falsa motivación de hecho, podría agravar también dicha sanción haciéndola pasar de la nulidad relativa a la absoluta”, lo que no ocurría en el resto de los casos⁴⁵.

De cualquier forma, regresando a la importancia de la motivación, en la sentencia Depositaria Judicial –la más relevante del período estudiado, según dijimos– el Magistrado apuntó que la obligación de motivar los actos administrativos se impone con mayor fuerza en los de carácter discrecional al exigirse que se “exprese cuáles fueron esas razones [para decidir], nunca falsas ni caprichosas, ni colindantes con la arbitrariedad”, a pesar de que dependan solamente de los hechos concretos y su apreciación por parte del funcionario⁴⁶; así como –de acuerdo con una sentencia posterior– en los actos que “hubieren de afectar, por su carácter denegato-

44 SPA/CSJ N° 163 del 03-08-1982 (RDP N° 11).

45 SPA/CSJ N° 83 del 05-05-1983 (RDP N° 15).

46 SPA/CSJ N° 205 del 02-11-1982 (RDP N° 12).

rio, los derechos subjetivos de los particulares”, ya que “[s]ólo la ‘ratio decidendi’ puede constituirse en medio eficaz para salvaguardar la certeza jurídica de los administrados frente al poder discrecional de la Administración”⁴⁷.

Estos postulados los profundizaría al año siguiente al decidir, con base en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴⁸, que “[e]l poder discrecional (...) no puede, por sí sólo, sustituir la necesaria motivación que debe acompañar todo acto administrativo de carácter particular”, visto que “[l]a inmotivación del acto (...) puede conducir a la arbitrariedad, y por ello exige la motivación con carácter obligatorio”, que, si bien podría excepcionalmente suprimirse por vía legislativa, incluso ello “sería de dudosa constitucionalidad si (...) se vulnera el derecho a la defensa”⁴⁹.

En tal sentido, concluyó el Magistrado que “[n]o es aceptable el criterio conforme al cual la sola verificación de que el acto se produjo con las formalidades de oportunidad, publicidad y competencia orgánica, son suficientes para desechar el recurso”, pues la Administración debe, además, “explicar las razones de hecho y de derecho en las cuales fundamenta su criterio”⁵⁰.

Así, la motivación del acto administrativo no se relacionaría únicamente con los actos predominantemente discrecionales sino también con aquellos que pudiesen incidir negativamente en la esfera jurídica de los particulares, aun sí se consideraban de carácter predominante reglado, pues, como expuso el Magistrado al tratar la negativa del registro de una marca comercial -que, como vimos, se consideraba de naturaleza

47 SPA/CSJ del 12-07-1983 (RDP N° 16).

48 El artículo reza que “[l]os actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto”.

49 SPA/CSJ N° 69 del 23-03-1984 (RDP N° 18).

50 *Ibíd.*

reglada-, la motivación “debe sustentarse en los hechos, datos o cifras concretas” que, aunque se había “considerado tradicional y pacíficamente (...) que basta con que éstos consten de manera explícita en el expediente administrativo”, tal criterio no operaba en aquellos casos en que “el propio texto legal imponga al funcionario la obligación de expresar en el propio acto los motivos que sustenten la decisión, en cuyo caso aquellos, originalmente integrados en el elemento causa del acto administrativo, pasan a convertirse, además, en parte del elemento formal del mismo”⁵¹.

Tema marcario respecto al cual también indicó que, en él, “la motivación debe ser muy precisa, por la naturaleza misma de la institución, puesto que, una vez adoptada una marca como signo diferenciador, aun cuando no se haya solicitado su registro, el derecho existe en quien la adopta (...) y la tutela que da el Estado sobre ella, una vez registrada, es la de su uso exclusivo, en protección del público consumidor y del titular de la marca”⁵².

De este modo, podemos terminar este acápite con una sentencia de 1985 en donde, luego de pasearse por la jurisprudencia de la Sala desde 1957, el Magistrado Luis Henrique Farías Mata concluyó que:

[P]uede afirmarse que la motivación está constituida por los fundamentos de hecho y de derecho sobre los cuales se apoya el acto administrativo; que la motivación tiene por objeto, además de preservar el acto administrativo de la arbitrariedad del funcionario, hacer del conocimiento de la persona afectada las causas de ese acto, para que

51 SPA/CSJ N° 35 del 03-03-1983 (RDP N° 14). A pesar de que ahondar en si la motivación del acto administrativo guarda más relación con los elementos internos (causa) o externos (forma) de estos actos rebasa el objeto de esta colaboración, se recomienda la consulta de José Araujo-Juárez, *La nulidad del acto administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2014, donde se realizan aproximaciones de valor en esta materia.

52 SPA/CSJ N° 35 del 01-03-1984 (RDP N° 18).

pueda ejercer su derecho de defensa, en caso que le perjudique; que la motivación -al menos con anterioridad [sic] a la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y para los casos por ella regidos- no necesariamente debe contenerse en el acto administrativo siempre y cuando el interesado haya tenido la posibilidad evidente de conocer esas razones de hecho y de derecho en que se fundamenta dicho acto; que puede ser anterior o concomitante, pero nunca posterior al acto mismo; que puede sólo remitirse a la norma jurídica de cuya aplicación se trate, “si su supuesto es unívoco o simple”, es decir, si no puede prestarse a dudas por parte del interesado⁵³.

IV. PROCEDIMIENTO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En cuanto a los procedimientos administrativos, Farías Mata distinguió entre el de naturaleza constitutiva -es decir, aquel “destinado a forjar un acto administrativo”- y el de carácter recursivo a través del cual, valga la cacofonía, se recurre “contra un acto administrativo ya formado a través del primero”⁵⁴.

Marcada esta diferencia, el Magistrado explicó que la Administración Pública, de acuerdo con lo previsto en la LOPA⁵⁵, estaba obligada a “resolver todos los asuntos que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, les sean planteados”, sea en procedimientos de primer o segundo grado, con el fin de “evitar que mediante el tratamiento parcial de un determinado asunto se produzca indefensión o lesión en los intereses de los administrados, por lo cual junto a estas disposiciones, se encuentran normas complementarias, como las relativas a la obligación de motivar los actos, e incluso, de explicar o decla-

53 SPA/CSJ del 13-06-1985 (RDP N° 23).

54 SPA/CSJ N° 270 del 03-10-1985 (RDP N° 24).

55 Particularmente, el artículo 62 según el cual “[e]l acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”.

rar las razones que ha tenido el órgano administrativo para no resolver las instancias o peticiones que le fueron formuladas”⁵⁶.

De igual modo, el homenajeado enunció que el procedimiento administrativo se inspira “en virtud del principio de libertad probatoria” y, por ende, cuando la LOPA remite en su artículo 58 al Código de Procedimiento Civil⁵⁷, ello debe entenderse en exclusiva referencia a “los medios probatorios admisibles en el procedimiento administrativo venezolano, mas no a aquellos que constituyen plena prueba en el proceso civil”⁵⁸.

Por lo que respecta a la vía recursiva, lo primero que interesa destacar es que Farías Mata se refirió a la diferencia entre el acto administrativo que causa estado –es decir, aquel “acto irrevisable en la vía administrativa ‘interna’ por emanar del funcionario con más alta competencia para dictarlo y revisarlo dentro de los cuadros de la administración activa”– y el acto firme, como aquel “‘irrecurrible’ al no haberse interpuesto (...) recurso alguno en tiempo útil, lo que añadió al acto, que previamente había causado estado, la condición de ‘consentido’ por inactividad del[o]s interesad[o]s”⁵⁹.

Es este sentido, los recursos administrativos podían interponerse contra aquellos actos administrativos que aún no hubiesen causado estado, a pesar de que por autotutela revisora la Administración Pública estaba facultada para corregir

56 SPA/CSJ N° 187 del 12-07-1984 (RDP N° 19).

57 Indica el artículo que “[l]os hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes”.

58 SPA/CSJ del 20-06-1985 (RDP N° 23). Véase al respecto, entre otros, Jorge Kiriakidis Longhi, “El régimen de las pruebas en el Derecho Procesal Administrativo. La carga de la prueba, el objeto de la prueba y los medios de prueba en los procedimientos administrativos y el contencioso administrativo de anulación”, *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 981-1039.

59 SPA/CSJ N° 47 del 04-03-1982 (RDP N° 10).

sus errores materiales, ya que esta “revisión administrativa por contrario imperio, hecha por la misma autoridad que emitió el acto original”, tenía por objeto el perfeccionamiento de la actuación administrativa al subsanar fallas que en todo caso habrían de ser “ostensibles” o “evidentes”⁶⁰.

Aunando en esta potestad revisora, el Magistrado expuso que “[e]l límite del poder de revocación de los actos administrativos es, sin duda, una de las cuestiones de derecho público que mayores problemas plantea en el plano doctrinario”, ya que aunque se aceptaba que la Administración “se encuentra siempre investida de la potestad de revisar sus actos por razones de ilegalidad o de oportunidad, ya sea de oficio o a instancia de parte, forzoso es reconocer que tal poder quedar circunscrito a aquellos casos en los cuales la revocatoria no afecte derechos adquiridos”, por lo que “puede afirmarse (...) que el límite de la Administración en esta materia es el de no alterar la seguridad jurídica del administrado mediante el ejercicio de tal potestad”, tal como lo recoge el artículo 19.2 y 82 de la LOPA⁶¹.

Finalmente, Farías Mata asentó el criterio que los recursos de gracia⁶² no podían ser objeto a su vez de otros recursos ya

60 SPA/CSJ N° 268 del 05-11-1981 (RDP N° 8). Al respecto resulta de interés el artículo 84 de la LOPA, conforme con el cual “[l]a administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos”.

61 SPA/CSJ N° 209 del 26-08-1984 (RDP N° 19). El numeral 2 del artículo 19 indica “[l]os actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: (...) 2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley”, mientras que el artículo 82 precisa que “[l]os actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”.

62 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 275-279. Para el autor, se trata de un recurso que no posee fundamento jurídico sino, más bien, “de favor” al permitirse que el particular haga una súplica a la Administración, que esta última

que “la palabra ‘gracia’ pone de manifiesto que, en principio, se trata de un beneficio o tratamiento especial, cuyo otorgamiento es facultativo, no obligatorio, por parte del organismo concedente. El fundamento, pues, del recurso de gracia es el favor, de súplica, que se dirige al superior jerárquico para que exima o rebaje la multa por estar la misma correctamente aplicada y haberse conformado con ella”⁶³.

Es decir, que al ejercer este recurso el contribuyente “explícitamente está admitiendo la legalidad de la [multa], puesto que, a través de dicho recurso, planteado en términos de equidad, es absolutamente inadmisibles cualquier eventual discusión sobre la legalidad del acto contra el cual se interpone; pero, implícitamente, al mismo tiempo está renunciando al recurso de reconsideración administrativa y al contencioso-fiscal”⁶⁴.

V. SUSPENSIÓN DE EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sobre la suspensión de efectos del acto administrativo como “medida precautelativa de los intereses que intenta proteger el recurrente, los cuales podrían verse lesionados de manera irreversible e irreparable si no se detienen los efectos del acto hasta que se produzca decisión sobre el fondo del asunto”⁶⁵, Farías Mata manifestó su acuerdo con el precedente de la Sala según el cual esta medida “no prejuzg[a] en ningún momento acerca del fondo de la controversia planteada”, ya que “no adelanta criterio sobre la legalidad o no del acto impugnado, sino acerca

podrá acordar o no discrecionalmente. Téngase como ejemplo de lo anterior la exención o rebaja tributaria que preveía el artículo 70 de la derogada Ley de Impuesto sobre la Renta, publicada en Gaceta Oficial N° 669 Extraordinario del 17-02-1961.

63 SPA/CSJ N° 261 del 09-12-1982 (RDP N° 13).

64 Ibíd.

65 SPA/CSJ N° 229 (RDP N° 20).

de la conveniencia de suspender sus efectos mientras culmina el proceso”⁶⁶.

Ello a pesar de acotar en un caso posterior que, cuando la controversia versaba sobre el acto que negaba el registro de la inscripción de una marca comercial, la suspensión “no podría hacerse sin decidir, al propio tiempo, el fondo del asunto, adelantándose de esta manera, por la vía de un pronunciamiento previo, la sentencia definitiva sin que con antelación se hubiere dado cumplimiento a los trámites del proceso, pruebas incluidas, que deba conducir a aquella”⁶⁷.

Asimismo, al evaluar los requisitos para que procediese esta medida, el Magistrado señaló que el *periculum in mora* –es decir, la amenaza de que el solicitante sufra un perjuicio de difícil o imposible reparación de esperarse la decisión definitiva sobre la nulidad del acto– operaba no solo sobre aspectos de índole patrimonial, como podría ser el daño emergente o el lucro cesante, sino también sobre aspectos que originasen una “repercusión psicológicamente negativa”⁶⁸, acercándose a la noción del daño moral en sede administrativa⁶⁹.

No obstante, independientemente del tipo de daño que se pretendiese evitar, “es necesario que se indiquen en el libelo las razones que hagan presumir fundadamente que la ejecución del acto puede ocasionar daños al solicitante y cómo se materializaría ese daño”, sin que fuese correcto exigir que se probase un hecho (el daño) que “aún no ha acaecido”⁷⁰.

66 SPA/CSJ N° 69 del 25-03-1982 (RDP N° 10), reiterado en SPA/CSJ N° 284 del 15-12-1984 (RDP N° 17).

67 SPA/CSJ N° 73 del 28-04-1983 (RDP N° 14).

68 SPA/CSJ del 13-08-1981 (RDP N° 8).

69 Véase –entre otros– Cosimina G. Pellegrino Pacera, “El daño moral y la responsabilidad patrimonial del Estado”, *El control y la responsabilidad en la Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2012*, Editorial Jurídica Venezolana / CAJO, Caracas, 2012, pp. 383-413.

70 SPA/CSJ N° 167 del 21-06-1984 (RDP N° 19).

Por último, en una nota un poco más casuística, el homenajeado indicó que esta suspensión procedía cuando se reclamaba al solicitante el pago de salarios caídos, aun cuando advirtió -en virtud del único aparte del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁷¹ (en lo sucesivo, LOCSJ)- que “la falta de impulso procesal adecuado podría dar lugar a su revocatoria, por contrario imperio”⁷².

Lo anterior, para evitar que la medida adoptada se tradujese en un perjuicio para el trabajador con connotaciones perennes en lugar de temporales -como lo exige la propia noción de las pretensiones cautelares- a pesar de que no sean extrañas las medidas de esta naturaleza acordadas por el Poder Judicial con efectos extendidos por cuantiosos años⁷³.

VI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como seguramente pudo preverlo el lector, múltiples son las sentencias de Farías Mata que asentaron criterios de valor en materia del contencioso-administrativo, respecto al cual aseguraba que su labor no se limitaba a “anular las decisiones administrativas contrarias a derecho, sino también (...) restablecer (...) las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, con adicional compensación en dinero, si fuera procedente, de los daños y perjuicios”⁷⁴ -lo que claramente obra en favor de la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República⁷⁵ y la idea de la universalidad

71 Publicada en Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30-07-1976.

72 SPA/CSJ N° 56 del 22-03-1982 (RDP N° 10).

73 Solo por nombrar un ejemplo, basta con revisar el caso de las elecciones parlamentarias de 2015 y los diputados del Estado Amazonas tratado in extenso en diversas colaboraciones del N° 145-146 de la RDP, a cuya lectura remitimos.

74 SPA/CSJ N° 129 del 21-06-1983 (RDP N° 15).

75 Dice la norma que “[t]oda 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

de control⁷⁶–, aunque no está de más recordar, como lo hizo el Magistrado, la incompetencia de estos tribunales para conocer acciones contra actos jurisdiccionales excluidos del control contencioso-administrativo⁷⁷ y que en el ejercicio de sus labores el juez contencioso no podía sustituirse en la Administración.

Sobre este último punto, el homenajeado fijó el criterio según el cual “el juez que conoce del asunto no puede sustituir al funcionario del cual emanó el acto, ni pued[e] siquiera revisar la oportunidad o la conveniencia de la medida. Esto último forma parte de la exclusiva misión del agente administrativo”. En tal sentido, el Poder Judicial “puede, en consecuencia, declarar su nulidad, cuando se desajuste el acto de la norma, pero jamás reemplazar el acto anulado por uno nuevo”⁷⁸.

Lo que reiteraría unos meses más tarde al señalar que “escapa a los poderes de un juez de lo contencioso administrativo (...) limitado a juzgar sobre razones de ilegalidad (...) interferir la función administrativa que estuviere fundamentada en razones de oportunidad o conveniencia”, ya que “[s]emejante actuar violaría el principio de la separación de poderes (...) en cuya virtud la función administrativa, bajo el control del juez, se entiende sin embargo independiente de éste”⁷⁹.

Y es que al revisar las sentencias del período estudiado se constata el apremio del Magistrado Luis Henrique Farías Mata por la correcta aplicación del ordenamiento jurídico como base de sus razonamientos al exponer, por ejemplo, que “la inter-

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

76 Véase, entre otros, Daniela Urosa Maggi, “Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, vol. I (2° ed.), FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 211-224.

77 SPA/CSJ N° 110 del 30-05-1983 (RDP N° 15).

78 SPA/CSJ N° 205 del 02-11-1982 (RDP N° 12).

79 SPA/CSJ N° 169 del 08-08-1983 (RDP N° 16).

pretación de la ley es una sola, siempre encaminada a buscar el sentido unívoco de la regla de derecho, pudiendo con tal fin utilizarse, si fuera lo procedente, simultáneamente, los elementos gramatical y lógico-sistemático para encontrar el sentido de la regla dentro del orden jurídico, siendo ésta la función del intérprete en la recta aplicación del derecho”⁸⁰.

A lo que agregaría, en la misma sentencia, que la “interpretación de la ley, debe (...) hacerse dentro del marco de la institución a que se refiere, pero en congruencia con la integridad del orden jurídico, sin que quepa la interpretación aislada de cada norma, puesto que la intención del legislador (...) solo puede derivarse de la integridad del ordenamiento jurídico y de sus instituciones y no del aparente sentido que pueda dársele a un artículo o artículos aislados”⁸¹.

Asimismo, el Magistrado destacó la importancia de conocer el sentido y alcance de los principios que inspiran nuestro ordenamiento –en ocasiones positivizados– refiriéndose en concreto al principio de igualdad ante la ley que “consagra como garantía jurídica el igual tratamiento para todos aquellos sujetos que se encuentren en la misma condición o situación frente a la previsión hipotética que la norma regula” para, de esta manera, “preservar al individuo de trato discriminatorio al proscribirse la diferente aplicación de una norma a distintos sujetos que se encuentran en igual posición y por ende deben ser tratados en forma idéntica”⁸².

80 SPA/CSJ N° 35 del 03-03-1983 (RDP N° 14).

81 Ibid. Ejemplo práctico de esta argumentación lo encontramos en la sentencia de SPA/CSJ N° 74 del 01-04-1982 (RDP N° 10) que, al conocer de la designación del representante legal de un contribuyente que no estaba presente o se presumía ausente, y que no había constituido apoderados para la declaración y pago del impuesto sobre la renta, el Magistrado abogó por la aplicación supletoria del Código Civil para la mejor protección de los intereses del contribuyente aun cuando no hubiese remisión expresa de la ley, ya que el ordenamiento jurídico era un sistema.

82 SPA/CSJ N° 226 del 14-08-1984 (RDP N° 20).

En todo caso, este acápite lo podemos dividir en dos secciones: el primero referido a algunas de las pretensiones que se presentan ante los tribunales contencioso-administrativos –específicamente: el caso de la nulidad y la abstención– y el segundo relativo a asuntos de índole procesal, como podría ser la legitimación activa, la perención, entre otros.

1. Pretensiones contencioso-administrativas

Aunado a lo ya dicho sobre que al declarar la nulidad de un acto administrativo el juez no podía sustituirse en la Administración⁸³, Farías Mata se pronunció en el período reseñado sobre las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos y las demandas por abstenciones de la Administración Pública.

En cuanto a las primeras, el Magistrado sostuvo que para demandar la nulidad por inconstitucionalidad se requería que se hubiese vulnerado la letra de la Constitución de la República directamente, lo que no ocurría –por ejemplo– en todos los casos de usurpación de autoridad ya que, si bien ella estaba prevista en la Carta Magna como una causal de nulidad, la misma debía aplicarse en conjunto con otra disposición constitucional que previese la atribución específica del Poder Público que estaba siendo usurpada, a lo que agregó que “la sola circunstancia de que se trate (...) de la impugnación de un acto administrativo –por tanto de ejecución directa de norma de rango inferior a la Constitución– (...) evidencia (...) la inviabilidad del recurso de inconstitucionalidad por violación directa (...) de la Carta Magna” procediendo, en todo caso, el de ilegalidad por encontrarse frente a una violación directa de la ley e indirecta de la Constitución⁸⁴.

83 Véase, adicionalmente, Alejandro Gallotti, *El poder de sustitución del juez en la función administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

84 SPA/CSJ N° 20 del 31-01-1984 (RDP N° 17).

El asunto sería retomado el año siguiente para, basado en el artículo 181 de la LOCSJ⁸⁵, concluir que “cuando la acción intentada contra actos administrativos de efectos generales o particulares se fundamentare en razones de inconstitucionalidad, la competencia para conocer de la impugnación corresponde a la Corte Suprema de Justicia (...) en Sala Plena”⁸⁶, y no al contencioso-administrativo (Sala Político-Administrativa).

Por lo que respecta a las demandas por abstenciones de la Administración Pública, Farías Mata partió de los artículos 42.23 y 182.1 de la LOCSJ⁸⁷ para exponer que “el contencioso-administrativo de anulación versa sobre actos emitidos por administraciones [sic] en ejercicio de la ley, o se inicia con ocasión del silencio del órgano que debió producirlos; en tanto que el recurso por abstención surge cuando las autoridades se niegan ‘a *cumplir* determinados actos a que estén obligados por las leyes’”⁸⁸.

En otras palabras, el primero versaba “sobre actos de las diferentes administraciones o surge con ocasión de la inactividad, en general, de las mismas para producirlos”, mientras que el segundo “recae sobre la omisión de esas mismas administraciones para crear actos cuyos supuestos de hecho, expresamente, se encuentran regulados por el legislador y que aquéllas

85 De acuerdo con su primer aparte, “[c]uando la acción o el recurso se funde en razones de inconstitucionalidad, el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia”.

86 SPA/CSJ N° 136 del 07-05-1985 (RDP N° 23).

87 El primero indica que “[e]s de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: (...) 23. [c]onocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas” y el segundo que “[l]os Tribunales previstos en el artículo anterior, conocerán también, en sus respectivas circunscripciones: 1. De la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, de conformidad con ellas”.

88 SPA/CSJ N° 59 del 28-02-1985 (RDP N° 21).

se niegan a acatar (...) al no deducir de esos supuestos de hecho la consecuencia jurídica que el texto legal les impone”⁸⁹.

Con motivo de lo anterior, al ser procesos diferentes, Farías Mata consideró oportuno precisar que la abstención (i) Operaba frente a “una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente, la cual ha de presentarse como un paradigma de contraste que sirva para verificar si la abstención existe, en efecto, respecto del supuesto expresa y especialmente previsto en la norma y, por tanto, si procede o no el respectivo recurso”, que en ningún momento sería posible frente a las “obligaciones genéricas (...) que tienen los funcionarios de actuar en ejercicio de atribuciones correspondientes al respectivo cargo”; (ii) Su objeto era “una conducta omisa del funcionario” al darse un supuesto de hecho y dicha autoridad abstenerse de “extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone”; (iii) La prueba de la conducta omisiva surgía “[d]e la propia norma o de la solicitud administrativa presentada por el beneficiario del recurso”; y (iv) Su efecto era “un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la obligatoriedad para la administración de producir un determinado acto o de realizar una actuación concreta”⁹⁰.

En otro orden de ideas, si la demanda se intentaba frente al silencio de la Administración, “resulta indispensable para el juzgador conocer los antecedentes del asunto a los fines de emitir un pronunciamiento” y, por lo tanto, se debían solicitar los antecedentes administrativos del caso⁹¹.

89 Ibíd.

90 Ibíd.

91 SPA/CSJ N° 20 del 21-02-1983 (RDP N° 14).

2. Aspectos procesales

Entre los temas procesales abordados por Farías Mata encontramos que el Magistrado fijó criterios sobre los siguientes temas:

En primer lugar, señaló que en sede contencioso-administrativa era necesario estudiar “la capacidad del demandante para actuar en juicio” o, lo que es lo mismo, “si el recurrente es o no persona legítima para intentar una acción”, pudiendo distinguirse entre (i) legitimaciones activas excepcionalmente amplias, como sería el caso del recurso de inconstitucionalidad en el que “quedan habilitados para interponer recursos de esta índole aun los simples interesados -es decir, cualquier persona capaz, venezolana o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos”- por lo que “[s]e trata entonces de una acción ‘popular’ cuya consagración convierte al nuestro en un sistema excepcional dentro del Derecho Comparado”, que “por cuanto sólo cuenta el salvaguardar la integridad de la norma (...) la doctrina habla en este caso de un recurso ‘objetivo’, abierto a todos”⁹²; o (ii) legitimaciones subjetivas propias del Derecho Privado en las que “sólo se considera persona hábil para interponer un recurso al titular de un derecho subjetivo de índole privada”⁹³.

Así, expuso que en el contencioso-administrativo “la solución es intermedia” ya que “cobra carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo”, por lo que “son admitidos en recurrir en vía contencioso-administrativa; de una parte, *los titulares de derechos subjetivos administrativos*, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos esta-

92 Véase sobre la acción popular en general Gabriel Sira Santana, «La impopularidad de la acción popular de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia», *Revista de Derecho Público*, N° 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 145-161.

93 SPA/CSJ N° 270 del 03-10-1985 (RDP N° 24).

blecidos previa y especialmente por la Administración con el particular” y, por la otra, “los interesados legítimos (...)”, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentren en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”. Razonamiento este que resultaba equiparable a los recursos administrativos pues lo contrario -es decir, que se admitieran a los interesados solo en una u otra vía- era “injusto” e “ilógico”⁹⁴.

En estrecha relación con el tema que nos ocupa, el Magistrado también manifestó que la interposición del recurso contencioso tributario sin asistencia de abogado originaba la reposición de la causa por tratarse del “ejercicio de una acción (...) inherente a la profesión de abogado”, siendo necesario distinguir entre la legitimación activa -o “cualidad inherente a la persona del recurrente” que deriva del “interés legítimo, directo y personal que debe exhibir el accionante en el caso específico del recurso contra un acto administrativo de efectos particulares”- y la representación legal como “condición adjetiva de validez para el acto en que se materializa el recurso” o, en otras palabras, como “requisito del procedimiento destinado a que el acto se produzca”⁹⁵.

Un par de años después retomaría estas ideas al sostener que si la parte subsanaba esta falta de representación en el transcurso del proceso (por ejemplo, en la promoción de pruebas), no sería necesario reponer la causa “pues la finalidad perseguida por [el artículo 4 de la Ley de Abogados] ha sido satisfecha con la designación voluntaria por la recurrente de un profesional del derecho para su presentación y asistencia en las partes más trascendentes del proceso”⁹⁶.

94 Ibíd.

95 SPA/CSJ N° 57 del 12-04-1983 (RDP N° 14).

96 SPA/CSJ N° 194 del 04-06-1985 (RDP N° 24).

Siguiendo con los temas procesales, Farías Mata se refirió a los asuntos de mero derecho y de urgencia e indicó que en los primeros –entendidos como causas que no versan sobre hechos– no se requería la apertura de un lapso probatorio y nada obstaba a que las partes presentaran informes para concretar o ampliar sus argumentos jurídicos⁹⁷, mientras que en los segundos se necesitaba la opinión favorable del órgano decisor para acordar tal carácter, una vez evaluadas los alegatos y pruebas del solicitante ya que, de lo contrario, aplicaría la vía ordinaria⁹⁸.

Asimismo, el Magistrado expresó que la prueba de experticia tenía validez aunque la opinión del experto disidente se presentara por separado, pues lo relevante era que la opinión estuviese razonada⁹⁹, y que el fundamento jurídico de la perención era “la presunción del abandono del procedimiento incoado en un juicio, por parte de la persona obligada a impulsar el proceso”, sea que su declaratoria “se verifica de derecho, vale decir, desde el momento mismo en que ha transcurrido el término legalmente prescrito, por lo cual existe aun con antelación e independientemente del requerimiento de la parte interesada en hacerla valer”¹⁰⁰. Por ende, la perención habría de ser declarada de oficio o a petición de parte una vez hubiese transcurrido el tiempo que corría de forma insoslayable e indefectible¹⁰¹.

Finalmente, el homenajeado recordó que una vez dictada sentencia se “agota la competencia” y, en consecuencia, no había lugar a otro fallo sobre el fondo del asunto y cualquier pedimento extraño a la ejecución de dicha decisión era improcedente, salvo por lo que se refiere a la aclaratoria o ampliación

97 SPA/CSJ N° 243 del 25-11-1982 (RDP N° 12).

98 SPA/CSJ N° 247 del 25-11-1982 (RDP N° 12).

99 SPA/CSJ N° 24 del 22-02-1983 (RDP N° 14).

100 SPA/CSJ N° 245 del 01-12-1983 (RDP N° 17).

101 SPA/CSJ N° 49 del 08-03-1984 (RDP N° 18).

excepcional del fallo de acuerdo con lo previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil¹⁰².

VII. TRIBUTOS

Diversas fueron las sentencias en materia tributaria cuya ponencia correspondió a Farías Mata.

Así, el Magistrado reconoció las dudas que planteaba el artículo 145 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1966¹⁰³, al no haber unanimidad en el foro sobre si tal previsión equivalía a costas procesales, intereses moratorios o una sanción ante la falta de pago oportuno de las obligaciones tributarias, a pesar de que el Magistrado no consideró necesario ahondar en dicha naturaleza pues “la discrepancia doctrinaria no se extiende, obviamente, a los supuestos de hecho ni a las consecuencias jurídicas que dicha norma presupone”; por lo que en el caso concreto bastaba con señalar que no se habían cumplido los requisitos del artículo comentado para saldar el asunto¹⁰⁴.

De igual modo, destacó que las actas de fiscalización de rentas firmadas por uno solo de los funcionarios actuantes eran válidas pues dicha firma daba fe de las actuaciones y la norma vigente “no obliga más que a la firma ‘del funcionario

102 SPA/CSJ del 14-04-1983 (RDP N° 15). El artículo reza: “[d]espués de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado. // Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente”.

103 Publicada en Gaceta Oficial N° 1.078 Extraordinario del 30-12-1966.

104 SPA/CSJ N° 9 del 26-01-1982 (RDP N° 9). El tema guarda relación con el derecho a la defensa tratado en páginas anteriores y que puede profundizarse en Alejandro Gallotti, *El derecho a la defensa en sede administrativa. Un estudio sobre los límites de la potestad administrativa en la salvaguarda de los derechos de los particulares*, FUNEDA, Caracas, 2013.

competente', no de 'dos' ni de 'tres' 'funcionarios competentes'", visto que "[l]a *ratio legis* de esta norma procesal-tributaria es que se hagan formalmente del conocimiento del administrado los reparos que le formula la Fiscalización (...) de modo que pueda analizarlos y conformarse a ellos o recurrir", y "todos estos extremos quedan satisfechos si se levanta un acta fiscal; si se sella con el sello de la Administración; si en ella se formulan, con su respectiva motivación, los reparos; si dicha acta la firma el contribuyente; y si finalmente la suscribe un funcionario fiscal que exprese la manifestación de voluntad (...) de la Administración, tratándose, como se trata, de un órgano competente"¹⁰⁵.

Por último, también en materia de impuesto sobre la renta –pero en este caso, para obtener una rebaja–, Farías Mata se paseó por la clasificación de las actividades primarias, secundarias y terciarias¹⁰⁶ para concluir que la elaboración de hielo era una actividad secundaria pues, si bien “no hay transformación de una materia prima (...) indiscutiblemente que existe la modificación del elemento primario (agua en estado líquido) que se somete al proceso de solidificación (hielo) mediante el empleo de máquinas y procedimientos técnicos especializados”, cumpliéndose en consecuencia las exigencias del beneficio fiscal como lo eran la inversión en equipos industriales, la producción en masa de artículos de consumo, la creación de fuentes de trabajo y el abaratamiento del producto¹⁰⁷.

105 SPA/CSJ del 19-01-1982 (RDP N° 9).

106 En criterio del homenajeado, la primera “comprende aquellas actividades más en contacto con la naturaleza, puesto que sustraen de ella en su estado natural o primitivo los productos, poniéndolos en circulación en el estado en que se encuentren, tales como la caza, la pesca, la agricultura, la minería”, la segunda se refiere a “las actividades manufactureras, artesanales o fabriles, que transforman o modifican las materias primas que les suministra el sector primario, y al cual pertenecen las que fabrican bienes de producción (...) y las de bienes de consumo” y la tercera “incluye todos los servicios”.

107 SPA/CSJ N° 138 del 08-07-1982 (RDP N° 11).

VIII. EXPROPIACIONES

Otro de los temas recurrentes en las ponencias del Magistrado Farías Mata fue el de expropiaciones¹⁰⁸, encontrándose sobre ellas sentencias de valor sobre diversos aspectos y, especialmente, sobre el justiprecio.

Así, en cuanto a la justa indemnización, el homenajeado recalcó que los elementos enunciados en el artículo 35 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social vigente para la época¹⁰⁹ –a saber: valor fiscal del inmueble declarado o aceptado por el propietario, valor comercial establecido en los casos de dominio realizados al menos seis meses antes del decreto de expropiación y los precios medios de venta de inmuebles similares en el año anterior del decreto– debían ser “obligatoriamente tomados en cuenta a los efectos de la fijación de la justa indemnización que debe pagar el ente expropiante”, agregándose como elemento adicional “las características del bien expropiado que influyan en las operaciones y cálculos para [la] fijación del justo valor y la probable producción”¹¹⁰.

No obstante, lo anterior, en esta misma decisión Farías Mata precisó que tanto el valor fiscal como el valor comercial podían ser desestimados por los peritos –de forma justificada, claro está– si les fue imposible verificarlo cuando realizaron las diligencias e indagaciones de ley o si la fecha de adquisición del inmueble era sumamente longeva, respectivamente,

108 Véase, in extenso, José Ignacio Hernández G., *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.

109 Publicada en Gaceta Oficial N° 22.458 del 06-11-1947.

110 SPA/CSJ N° 84 del 20-04-1982 (RDP N° 10), reiterado en SPA/CSJ N° 119 del 17-07-1982 (RDP N° 11). Un ejemplo de estas últimas características podría ser la zonificación según expone Farías Mata en SPA/CSJ N° 330 del 13-12-1984 (RDP N° 20), teniéndose en cuenta que “no es función ni facultad de peritos o expertos la de calificar el uso o aprovechamiento de los terrenos, ya que ello se encuentra reservado a la autoridad municipal competente”.

ya que ambos supuestos impedían que se fijase una justa indemnización.

De este modo, en el entendido que la indemnización era uno de los principios básicos de la expropiación, visto que esta última “no puede perjudicar ni beneficiar a nadie; el propietario debe recibir (...) exactamente el valor de lo que cede; y el expropiante no ha de pagar más cantidad que la requerida para reparar íntegramente el daño que cause al expropiado”, era solo lógico según la sentencia que reseñamos que, si por negligencia del expropiante este procedimiento se extendía en demasía, los lapsos de seis y doce meses para el cálculo del justiprecio contados a partir del decreto podían causar una lesión en los derechos del propietario al alterarse “los términos de la ecuación económica, que forzosamente, debe existir entre las recíprocas prestaciones de ambas partes, en conformidad con el precepto constitucional que exige el pago de una justa indemnización”¹¹¹.

Circunstancia esta que, en criterio de Farías Mata, hacía “necesario admitir expresamente en este fallo que existen otras vías a través de las cuales pueden hacer valer sus derechos los particulares afectados por un decreto de expropiación que, no obstante reunir todos los requisitos de fondo y de forma indispensable para su validez, puede lesionar derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos, por injustificado retardo en su ejecución”, acudiéndose por analogía a la figura del retardo perjudicial¹¹².

En todo caso, nótese que Farías Mata reseñaba que estos avalúos no eran total y absolutamente vinculantes para el juez que decidiera sobre la expropiación ya que, fungiendo los mismos como una experticia, encontraba aplicación la parte *in fine* del artículo 1427 del Código Civil según el cual “[l]os jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su

111 Ibíd.

112 Ibíd.

convicción se opone a ello”. Disposición complementada por el artículo 1426 *ejusdem* que es del siguiente tenor: “[s]i los Tribunales no encontraren en el dictamen de los expertos la claridad suficiente, podrán ordenar de oficio nueva experticia por uno o más expertos, que también nombrarán de oficio, siempre en número impar, los cuales podrán pedir a los anteriores expertos las noticias que juzguen convenientes”¹¹³.

De igual forma, expuso que cuando el justiprecio versaba sobre bienhechurías o construcciones, a diferencia de los terrenos, “ello impide (...) la aplicación de dos de los factores principales establecidos en la norma –actos de transmisión realizados por lo menos seis meses antes del Decreto y precios medios de venta– resultando evidente por tanto que el avalúo (...) debe contener detalles y especificaciones suficientes y amplias para sustituir los dos factores inaplicables, y, en ese sentido, la clase, calidad, dimensiones y otras circunstancias idóneas a los fines de fijar sus características, requieren de una mayor precisión”¹¹⁴.

Para finalizar con el justiprecio, el homenajeado distinguió entre el avalúo de la ocupación previa –que “siendo de esa índole no es impugnabile ni acatable”– y el definitivo, que sería igual al anterior si el propietario lo aceptaba pero, si lo rechazaba, “lo que corresponde, de declararse procedente la expropiación, es la tramitación subsiguiente para la realización del avalúo o justiprecio definitivo conforme a las reglas legales aplicables”¹¹⁵.

Ideas que retomó en otras dos ponencias al referirse a la oposición a la expropiación –que siguiendo la ley en la materia, solo era posible cuando había violación de ley o se solicitaba la expropiación total y no parcial del bien ya que ella hacía al resto inutilizable¹¹⁶– y a la ocupación previa, respecto

113 SPA/CSJ N° 24 del 22-02-1983 (RDP N° 14).

114 SPA/CSJ N° 281 del 13-12-1983 (RDP N° 17).

115 SPA/CSJ N° 299 del 15-12-1983 (RDP N° 17).

116 SPA/CSJ N° 84 del 18-03-1985 (RDP N° 22).

a la cual el Magistrado siguió los criterios anteriores de la Sala para concluir que “la decisión que acuerda la ocupación previa en los juicios de expropiación es apelable, pero (...) debe ser oída a un solo efecto”, ya que ello “concilia la necesidad del cumplimiento de la normas procesales de carácter general, pertinentes con la urgencia que es característica de los juicios de expropiación”¹¹⁷.

IX. ATRIBUCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Ya para terminar con esta colaboración tenemos que Farías Mata se pronunció en un par de ocasiones sobre las atribuciones de la Contraloría General de la República como órgano encargado del control de la administración central y descentralizada según las direcciones que al efecto preveía la ley y su reglamento interno¹¹⁸, destacando –por ejemplo– que su labor de “control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales” no era ilimitada y absoluta en el sentido de que pudiese sustituir a la Administración “en el ejercicio de las funciones que les son propias”, como serían aquellas materias en las que el ordenamiento jurídico dotaba al Ejecutivo de discrecionalidad técnica por requerirse la valoración de conocimientos y aptitudes especiales que –a mayor abundamiento– escapaban inclusive del control jurisdiccional “salvo en lo relativo a la existencia de errores que hubieren servido de base al ejercicio de esa potestad” pues, en caso contrario, como dijimos anteriormente, “el Juez (...) sustituiría a la Administración Activa en la apreciación de aquellas condiciones técnicas, que, por tales, la Ley ha entendido precisamente dejar librada al Administrador”¹¹⁹.

117 SPA/CSJ N° 116 del 02-06-1983 (RDP N° 15).

118 SPA/CSJ N° 06-06-1985 (RDP N° 23).

119 SPA/CSJ N° 157 del 29-07-1982 (RDP N° 11).

Así, sobre esta relación entre el control fiscal y el control jurisdiccional, el Magistrado indicó que si bien ambos pueden recaer sobre actos administrativos, ellos difieren sustancialmente en su naturaleza pues el primero “propende a establecer su conformidad o inconformidad con el ordenamiento jurídico-financiero o jurídico-fiscal” a través de un acto administrativo que emana de la Contraloría y que no puede revocar ni anular el acto que controla sino, más bien, “se limita a desconocer, o a restringir, o a limitar, o a modificar, según la entidad de la ilegalidad determinada, los efectos que, respecto de la Hacienda o del Fisco, está llamado regularmente a producir el acto”; mientras que el segundo, “establecida la inconformidad del acto administrativo con la legalidad entendida ésta en su más alto sentido, sanciona dicha inconformidad con la nulidad del acto” a través de una sentencia judicial¹²⁰.

Criterio este que profundizaría al precisar que la Contraloría General de la República no era competente para “determinar los tributos ‘prima facie’”, aun cuando “sus labores de control, inspección y fiscalización y en particular el examen de las cuentas de ingresos, indudablemente que están dirigidas a establecer si la obligación tributaria ha sido o no correctamente determinada sobre la base de las disposiciones legales que conciernen al caso”¹²¹.

Como habrá constatado el lector en esta reseña no son pocas las ponencias –ni en cantidad ni en calidad– que signara el Magistrado Luis Henrique Farías Mata durante sus primeros cinco años en la SPA/CSJ, que bien podrían servir al Poder Judicial como precedentes para decidir nuevos asuntos o a la academia para explicar las instituciones del Derecho Administrativo.

120 *Ibíd.*

121 SPA/CSJ N° 37 del 01-03-1984 (RDP N° 18).

A sabiendas de cómo opera nuestro actual Poder Judicial, lo primero luce poco probable, por lo que queda del foro jurídico, con iniciativas como este número especial de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, impedir que la obra del Magistrado Farías Mata y de tantos otros profesionales que han cimentado las bases de nuestro Derecho pasen al olvido. Bienvenidas sean.

EL DERECHO ECONÓMICO DE TODOS A DISPONER DE BIENES Y SERVICIOS DE CALIDAD EN VENEZUELA

Cecilia Sosa Gómez¹

Juanita Ríos

“Armando, vas a tener que pintarme pescados, verduras y frutas pa’ comer cuando nos de hambre”.

Reverón, película dirigida por Diego Rísquez.

Resumen: Estudio del derecho a la alimentación y sus implicaciones desde la perspectiva de los derechos humanos y su sistemático desconocimiento por parte de un régimen que se aparta abiertamente del sistema político y las obligaciones que imponen la Constitución.

Palabras clave: Derecho a la alimentación. Derechos humanos. Socialismo. Bienes y servicios.

Summary: Study of the Right to Food and its implications from a human right’s perspective and its systematic disregard by a regime that openly diverts from the political system and its Constitutional duties.

Key Words: Right to Food. Human Rights. Socialism. Goods and services.

Recibido: 4 de septiembre de 2019 Aceptado: 13 de septiembre de 2019

1 Abogado graduado en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta

1999 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Miembro de la Comisión Andina de Juristas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresá en Libertad (veporlibertad) desde 1999. Director de la firma de consultores Jurisinvestment desde 2008. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2017).

SUMARIO

Punto previo

- I. La Alimentación: un derecho humano reconocido internacionalmente
 - II. Fundamento del derecho económico de cada persona a disponer de bienes y servicios
 - III. Los elementos esenciales del derecho a la alimentación; fundamento de la garantía del derecho
 - IV. El ámbito del derecho de toda persona al acceso a los bienes y servicios
 - V. El Poder Público y el derecho a la alimentación
 - VI. ¿Qué sucedió con las leyes y actos del Poder Ejecutivo Nacional en materia de seguridad alimentaria?
 - VII. El contexto político en que ha ocurrido la negación de garantizar derechos por parte del Estado
 - VIII. Las pruebas de la violación de los derechos humanos, en particular a los que se vinculan al derecho a la alimentación y los servicios
- Conclusión

PUNTO PREVIO

Preparar un ensayo para la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, dedicada a la memoria de Luis Henrique Farías Mata, es un acierto de sus directores José Ignacio Hernández y Carlos Reverón Boulton.

El desempeño de Farías Mata como Magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia constituyó para mí cuando me incorporé al Alto Tribunal, una referencia permanente no sólo por su estilo de trabajo y la manera de visualizar los casos y sus novedosas aproximaciones a la interpretación de la norma jurídica, sino por su equilibrio al sentenciar dado su alto concepto de la justicia para el ciudadano.

El compromiso que asumí con esta Revista realizada en homenaje al compañero Magistrado Luis Henrique Farías Mata me llevó a preguntarme si debía preparar un artículo que analizara alguno de los trabajos o sentencias a los que dedicó su vida; o más bien tratar de aplicar sus enseñanzas y destacar la sensibilidad jurídico/social que marcaba la impronta de su carácter y de sus decisiones. Resolví escoger lo segundo. Vista la situación tan desesperante de cada uno de los venezolanos, estén o no en el territorio, ante el hambre y la necesidad de lo más básico para la vida, estoy segura que este tema de la falta absoluta de ejercicio de los derechos humanos, representa un homenaje a su memoria.

I. LA ALIMENTACIÓN: UN DERECHO HUMANO RECONOCIDO INTERNACIONALMENTE

El **derecho a la alimentación** como **derecho** humano reconocido por la legislación internacional, protege el **derecho** de todos los seres humanos a alimentarse con dignidad, ya sea produciendo su propio alimento o adquiriéndolo². Por tanto, el derecho a la alimentación está protegido por el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos. Así mismo, las obligaciones correlativas de los Estados también están reconocidas por el derecho internacional.

El derecho a la alimentación fue reconocido en 1948, en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (Artículo 25) como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, y consagrado en 1966 en el **Pacto Internacional de Derechos**

2 Olivier De Schutter (LL.M., Universidad de Harvard; Ph.D., Universidad de Lovaina (UCL)), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación desde mayo de 2008, es profesor en la Universidad Católica de Lovaina y en el Colegio de Europa (Natolin). También es miembro de la Global LawSchool perteneciente a la Universidad de Nueva York y profesor invitado en la Universidad de Columbia. De su trabajo Derecho a la Alimentación se ha transcrito este punto.

Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11). También ha sido reconocido en varios **instrumentos internacionales específicos** como la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24(2)(c) y 27(3)), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 12(2)), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 25(f) y 28(1)).

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC) en su Comentario General 12 establece que:

“El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada o a medios para obtenerla.”

Para el Relator Especial, el derecho a la alimentación es:

“El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a la que pertenece el consumidor y garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna.”

Para poder producir su propio alimento, una persona necesita tierra, semillas, agua y otros recursos, y para comprarlo, necesita dinero y la posibilidad de acceder al mercado. El derecho a la alimentación requiere, por tanto, que los Estados proporcionen un entorno propicio en el que las personas puedan desarrollar plenamente su potencial para producir o procurarse una alimentación cónsona para sí mismas y para sus familias. Para comprar alimentos, una persona necesita una

base de ingresos acorde: el derecho a la alimentación requiere que los Estados garanticen, por consiguiente, políticas salariales y redes de seguridad social que permitan a los ciudadanos poder realizar su derecho a una alimentación.³

II. FUNDAMENTO DEL DERECHO ECONÓMICO DE CADA PERSONA A DISPONER DE BIENES Y SERVICIOS

La Constitución de la República de 1999 establece expresamente este derecho consagrándolo para todas las personas, sin distingo alguno, mostrando como se incorpora al derecho interno los elementos esenciales ya consagrados en derecho internacional humanitario. Así el artículo 117 establece:

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

Lo primero a considerar, es que el derecho de acceso a los bienes y servicios vincula a los poderes legislativo, ejecutivo, judicial, y ciudadano como derecho directamente aplicable; segundo, que los derechos de propiedad y la libre iniciativa están unidos a este derecho en la medida que éste garantiza una relación entre quien ofrece el bien y el que lo adquiere; y si se trata de dar un servicio está de por medio el pago de

3 Véase: <http://www.srfood.org/es/mandato>

la contraprestación del mismo, dentro del régimen económico constitucional.⁴

El derecho consagrado en el artículo 117 de la Constitución venezolana, le reconoce a toda persona que dispondrá de bienes y servicios de calidad, así como a la **libertad de su elección**, ubicándolo en la categoría de los derechos económicos. Resulta un derecho novedoso y nunca establecido en las Constituciones que la preceden.

Era habitual que las Constituciones cuando establecían los derechos económicos concentrarlos tanto en la **libertad de dedicarse a la actividad económica de la preferencia de cada quién**, como en el **derecho de propiedad** como garantía indiscutible de pertenencia de bienes a una persona, natural o jurídica, pero no se había llegado a crear constitucionalmente un vínculo entre la actividad económica y el consumidor como el destinatario natural de la producción de bienes y menos aún agregar quien es el destinatario natural de los servicios públicos y privados, puesto que es a través de ellos que se garantizan muchos otros derechos, empezando por el de la vida, ya que depende del acceso a los bienes de consumo; a la salud, al transporte, a la educación, entre otros que tendrán que prestarse acorde con las políticas públicas y privadas que se deriven de la libertad de producción y que posibiliten la satisfacción de los respectivos derechos de la persona.

4 **ASAMBLEA GENERAL OEA. CUADRAGÉSIMO SEGUNDO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES 3 al 5 de junio de 2012 Cochabamba, Bolivia. OEA y la Carta Social de las Américas.**

Artículo 7

Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada sin discriminación. Los Estados Miembros se comprometen a realizar los esfuerzos necesarios para erradicar el hambre y la desnutrición.

Los Estados Miembros se comprometen a tomar las medidas necesarias para la plena realización del acceso a una alimentación adecuada, sana y nutritiva, incluyendo medidas que promuevan las condiciones para que ninguna persona padezca de hambre.

Este derecho de acceso a los bienes y servicios se garantiza en parte por las obligaciones que derivan del texto del artículo 305 constitucional cuando establece:

“El Estado **promoverá** la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral **a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población**; **entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor**. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado **dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueren necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento**. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola.

El Estado protegerá los asentamientos y comunidades de pescadores o pescadoras artesanales, así como sus caladeros de pesca en aguas continentales y los próximos a la línea de costa definidos en la ley.” (destacado nuestro)

El derecho y garantía consagrado en el artículo 117, más la garantía adicional constitucional prevista en el artículo 305, contrasta actualmente con la total falta de políticas públicas por parte del régimen venezolano, por cuanto precisamente el derecho a la alimentación suficiente y adecuada, implica el derecho a no padecer de hambre, y el Estado está obligado constitucionalmente a tomar todas las medidas apropiadas para alcanzar la seguridad alimentaria y no lo hace, por tanto

la violación grave a los derechos humanos es la constante; más cuando se trata de un derecho humano estrechamente vinculado con el derecho a la vida y el derecho a la salud.

De manera que se viola el derecho a la vida no solamente cuando se le da muerte a una persona, sino también como consecuencia de falta de políticas públicas que garanticen el acceso a los alimentos y servicios. Una persona o grupo de persona puede morir de hambre o de enfermedad no atendidas producto de desnutrición extrema o la falta oportuna de atención médica por falta de insumos o la disponibilidad del servicio requerido en los hospitales. Por tanto, el Estado y los funcionarios responsables de garantizar este derecho, al violar masivamente y a personas individualizadas el derecho a la vida, por no resolver las carencias masivas de alimentos, medicinas e infraestructura al punto de afectarles su salud, y permitir un deterioro que pueda causarle la muerte, son definitivamente funcionarios responsables y victimarios de tales efectos, en la salud de las personas, y de su deterioro físico y moral que pueda causarle la muerte, al no poder acceder a una alimentación suficiente y adecuada ni a los fármacos o medicinas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, o inclusive no tener el dinero para comprarlas en el caso que pudieran estar en el mercado.

Constitucionalmente el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de asistir a sus hijos cuando no puedan hacerlo por sí mismos, y por ello se exige la efectividad de la obligación alimentaria. Ahora bien, para cumplir con la obligación alimentaria derivada de la organización de una familia, ello está unido a los fines del Estado venezolano, como es el desarrollo de la persona y el bien estar del pueblo, de allí que la educación y el trabajo estén declarados constitucionalmente como los procesos fundamentales para lograr ese fin. A su vez para cumplir con esa finalidad el Estado, acudimos al derecho de todo trabajador a un salario eficiente que le permita vivir con dignidad, y cubrir para sí y para su familia las nece-

sidades básicas materiales, sociales e intelectuales, entre las cuales se encuentra la alimentación.

La Constitución venezolana de 1999 ha creado una interacción y triangulación entre los derechos fundamentales, los derechos humanos y los derechos económicos, en ejecución del sistema socioeconómico establecido en el Título VI de la Constitución.

El Sistema socio/económico constitucional consagrado en el artículo 299 establece los principios que lo rigen y regula su funcionamiento, como puede fácilmente desprenderse de su texto:

“El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela **se fundamenta en los principios** de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de **asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta**” (destacado nuestro).

Por tanto, el régimen socioeconómico se fundamenta entre otros por los principios de democracia, eficiencia, libre competencia, productividad **para asegurar una existencia digna y provechosa** para la colectividad. Es el **Estado junto a la iniciativa privada**, a quienes les corresponde constitucionalmente

la promoción del desarrollo económico de la economía nacional, a fin de garantizar el crecimiento de la economía y **lograr elevar el nivel de vida de la población y una justa distribución de la riqueza.**

De allí que horizontalmente este régimen socioeconómico de rango constitucional y los derechos humanos individuales tendrían que asegurar a todas las personas el derecho de acceder a bienes y servicios de calidad y tener la posibilidad de escoger como consumidor el bien que desee y pueda adquirir, y en contrapartida consagra como garantía constitucional tanto de carácter personal o individual, como de carácter social el compromiso tanto el sector público como privado de elevar el nivel de vida de la población. Se confirma así la preocupación de la Constitución de que se disponga de un ordenamiento jurídico equilibrado que asegure la preservación de ciertos valores de fundamental trascendencia colectiva.

La demostración de la afirmación anterior se concreta en otro artículo constitucional, en este caso el derecho a un salario suficiente que le permita al trabajador vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas (se entiende que es de alimentación, salud, y todos los derechos asociados a la dignidad de la persona) que se establece en el artículo 91 constitucional.

“Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas-materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, **tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica**. La ley establecerá la forma y el procedimiento.”

III. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN; FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA DEL DERECHO

Resulta fundamental identificar los elementos que permiten garantizar la capacidad de dar cumplimiento al derecho a toda persona de acceso a la alimentación:

- **La Disponibilidad** supone, por una parte, que los alimentos estén disponibles a través de fuentes naturales, ya sea mediante la producción de alimentos (agricultura y ganadería) o por otros medios que permitan obtener alimentos: pesca, caza y recolección. Por otra parte, significa que los alimentos deben estar disponibles a la venta en mercados y tiendas.
- **La Accesibilidad** supone que se garantice el acceso físico y económico a los alimentos. La accesibilidad económica significa que los alimentos deben ser asequibles. Toda persona debería ser capaz de procurarse alimento para una alimentación adecuada sin tener que comprometer por ello ninguna otra necesidad básica: medicamentos, alquiler, gastos escolares, entre otros. La accesibilidad física significa que los alimentos deben ser accesibles a todos, incluyendo a los grupos más vulnerables físicamente: los niños, los enfermos, los discapacitados o los mayores, para quienes resulta difícil salir para conseguir alimento.

- **La Adecuación** significa que una alimentación adecuada debe satisfacer las necesidades alimentarias de cada persona, teniendo en cuenta su edad, sus condiciones de vida, su salud, ocupación, sexo, etc. Por ejemplo, si la alimentación de un niño no contiene los nutrientes necesarios para su desarrollo mental y físico, entonces no es adecuada. La alimentación también debe ser apta para el consumo humano, libre de sustancias adversas, como contaminantes procedentes de procesos industriales o agrícolas, especialmente residuos de pesticidas, hormonas o medicamentos veterinarios. Para que una alimentación pueda ser considerada adecuada también debe ser culturalmente aceptada. Por ejemplo, la ayuda humanitaria que contenga alimentos que sean tabú desde un punto de vista religioso o cultural para los ‘beneficiarios’ o que sea inconsistente con sus hábitos alimentarios no podrá ser culturalmente aceptada.⁵

IV. EL ÁMBITO DEL DERECHO DE TODA PERSONA AL ACCESO A LOS BIENES Y SERVICIOS

Uno de los aspectos que caracteriza el tratamiento de los derechos en la Constitución venezolana de 1999 es precisamente la horizontalidad de los mismos. Los derechos humanos son por naturaleza evolutivos y expansivos. La dinámica del ejercicio de los derechos humanos crea diversas interacciones

5 Los países deben hacer efectivo el derecho a la alimentación a escala nacional, tal y como se menciona en el Comentario General n° 12 sobre el derecho a la alimentación del el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y las Directrices Voluntarias en apoyo de la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional. La aplicación de la normativa relativa al derecho a la alimentación a escala nacional ha tenido una gran repercusión en las constituciones nacionales, legislaciones, sistemas judiciales, instituciones, políticas y programas, así como para varios temas relacionados con la seguridad alimentaria: pesca, tierras, tratamiento diferenciado de los grupos más vulnerables y acceso a los recursos.

entre no sólo el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno, sino que provoca diversas relaciones entre el Estado y el individuo y entre los individuos mismos.

La eficacia en las relaciones jurídicas no se limita entonces a controlar que el Estado no restrinja su ejercicio por los actos del Poder Público, sino que igualmente se extiende a incorporar los estándares internacionales de los derechos humanos y adecuar la legislación a los niveles más exigentes establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aquí destaca el derecho a la tutela judicial efectiva, y la pregunta que se impone es sobre la aplicación práctica de la eficacia horizontal por parte de la jurisprudencia tanto administrativa como judicial. Resulta oportuno recordar lo que viene estableciendo desde hace varias décadas la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido que las normas relativas a los derechos humanos “...tienen por fin proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado “...la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁶.

6 “...en el caso de la eficacia indirecta o mediata, si bien los derechos fundamentales son aplicables en las interrelaciones entre particulares, éstos no tendrían el carácter de derechos subjetivos vinculantes para los particulares, sino que de *principios* que influyen y se irradian a las relaciones entre privados y contribuyen como un medio útil a la solución de las controversias. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional alemana, las controversias de derecho civil, por ejemplo, entre particulares, «siguen siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil, se interpretará y aplicará el derecho civil», pero su interpretación se basará en el derecho constitucional objetivo, y más particularmente, en los derechos fundamentales. La teoría que a los derechos humanos otorga una aplicación y eficacia directa e inmediata en las relaciones entre particulares se ha conocido universalmente como la *Drittwirkung der Grundrechte* (efectos de los derechos fundamentales frente a los terceros), cuya formulación se la debemos al Tribunal Constitucional alemán, y «ha producido una verdadera revolución conceptual de los derechos fundamentales, que despojados de su carácter de técnicas de

Desde el punto de vista de la eficacia horizontal de los derechos humanos, la doctrina ha distinguido entre la eficacia basada en el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que la hace aplicable a todas las relaciones jurídicas, cualesquiera que sean sus intervinientes, y además porque es el único modo de reconocer la jerarquía superior de estos derechos, cuya vigencia no puede quedar entregada a la buena voluntad del juez o del legislador. Así, para esta concepción, claramente predominante en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos constitucionales serían directamente “invocables” por su titular como *derechos subjetivos*. Por tanto, siguiendo esta teoría, en el ámbito de las relaciones reguladas por el derecho privado se pueden alegar directamente los derechos fundamentales, admitiendo que ellos “son justiciables como derechos subjetivos en cualquier litigio o contienda, constituyendo fuente de derechos y obligaciones para las partes”⁷.

Sin embargo, la horizontalidad de los derechos no puede quedarse en ampliar su ámbito hacia las relaciones entre particulares y lograr la garantía de su cumplimiento; sino que debe primero que nada entenderse que la horizontalidad aplica en que ningún derecho humano se agota en sí mismo y más bien guarda relación con otros derechos inherentes a la persona, como quedó ya demostrado con el derecho de acceso a la alimentación cuando realizamos su correspondiente relación con otros derechos fundamentales que estarían siendo violentados. Esta visión de horizontalidad debe ser atendida cuando se invoque la violación de la garantía de algún derecho, así como la referencia obligada a los valores superiores intrínsecos

control del poder político, han saltado la barrera del derecho público, para instalarse como «nuevos invitados» en el derecho privado, generando los problemas y desafíos que cualquier recién llegado puede crear» Tomado de la Revista *Ius et Praxis*, 13 (1): 205 - 243, 2007. I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA. El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile. Gonzalo Aguilar Cavallo Cristian Contreras Rojas. Véase en :https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100008

7 Criterio reproducido del texto del artículo antes citado.

a ese derecho, que pueden estar siendo igualmente violentados, al no producirse la garantía de la satisfacción del mismo.

Así el derecho de acceso a los alimentos de toda persona comprende igualmente el disfrutar de una vida digna y un trato equitativo, que cubra para sí y su familia las necesidades básicas, que además la nutrición sea adecuada (desarrollo físico, emocional e intelectual), la sustentabilidad de la vida humana, la salud, el salario digno, nos muestra como está entonces en el centro de tal garantía, con lo cual además se profundiza el contenido de la justicia social a la que hace referencia el régimen socioeconómico garantizado tanto por el sector privado como el público en sus áreas de actividades.

La forma de atender esta garantía tiene sus requisitos básicos, como son no sólo declarar que se satisface el derecho de manera efectiva, sino adoptar las medidas para garantizarlo, políticas públicas y privadas que permitan cumplir la disponibilidad de alimentos en calidad y cantidad suficiente, facilitar el ejercicio: accesibilidad, es decir el alcance físico y económico, tener especial atención a la población vulnerable: niños, adolescentes, lactantes, discapacitados, enfermos, entre otros; proteger a toda persona contra el hambre, facilitar el ejercicio del derecho a toda la población y acceso estable a alimentos y bienes y servicios asociados al derecho, como agua potable, luz, transporte, medio ambiente sano entre otros.

V. EL PODER PÚBLICO Y EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Desde la vigencia de la Constitución de la República se comenzó a distorsionar el ejercicio de este derecho humano. Primero, la supresión desde el gobierno de llamar consumidor a la persona que accede a los bienes y servicios, término utilizado constitucionalmente para identificar a quien detenta el derecho a los alimentos y los servicios "...de calidad...", y quien en definitiva es quien puede exigir "...el derecho a "...la libertad

de elección y a un trato equitativo y digno...” tanto para acceder a los alimentos como a los servicios, son precisamente los consumidores que el mismo artículo 117 los protege mediante una ley (reserva legal) la que **“...establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, así como los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por violación de estos derechos...”**Luego, estos derechos constitucionales, consagrados en términos muy precisos, fueron desfigurados por regulaciones en leyes, políticas públicas y prácticas totalmente nugatorias de la garantía de ejercicio de este derecho humano tal como lo consagra el texto constitucional, hasta llegar a monopolizar formalmente el control absoluto de producción y forma de acceso a los bienes y servicios, sin lograr ni producir alimentos ni prestar los servicios en los términos exigidos constitucionalmente.

Entre las competencias constitucionales del Poder Legislativo Nacional están las de “Legislar en las materias de competencia nacional...” (artículo 187.1); e igualmente es materia de competencia Nacional **“...las políticas nacionales y la legislación en materia...seguridad alimentaria, ambiente, aguas...”** así como las políticas nacionales de **producción agrícola, ganadera, pesquera...**” (artículo 187 numeral 23 y 25). No obstante, la Asamblea Nacional no ejerció esta competencia directamente teniendo mayoría parlamentaria; prefirió recurrir a una habilitación legislativa para entregar al presidente de la República en Consejo de Ministros la potestad de dictar Decretos con fuerza de Ley para que fuera desde el Poder Ejecutivo Nacional desde donde supuestamente se garantizara la seguridad alimentaria además de incorporar su aseguramiento al mal llamado Plan de la Patria. (Su denominación constitucional es Plan de Desarrollo Nacional).

Por su parte el Poder Judicial, en particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias referidas

al tema de seguridad alimentaria se ha mantenido en ratificar el contenido constitucional de los artículos que consagran el derecho, sin darle la interpretación protectora a la persona que lo solicita, manteniéndose solamente en destacar la relevancia y preminencia de las actuaciones del Poder Ejecutivo Nacional, siempre decretando la constitucionalidad de sus actuaciones o carencias.⁸

VI. ¿QUÉ SUCEDIÓ CON LAS LEYES Y ACTOS DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA?

En este punto conviene destacar el contenido de dos instrumentos que tratan de concentrarse en la garantía de asegurar a toda persona el acceso a los alimentos, una es la Ley del Sistema Integral Alimentario y otro es el Plan de la Patria.

El cuanto a la Ley del Sistema Nacional Integral Agroalimentario (2014) que creo el órgano rector, como es el Ministe-

8 La sentencia N 583 de 14 de mayo de 2012 en Sala Constitucional del TSJ estableció:

- "...Al efecto, se aprecia que los accionantes alegan la protección de los derechos o intereses difusos, con fundamento en el derecho de los consumidores a la seguridad alimentaria, pues a su decir se "han limitado injustificadamente los derechos al acceso a bienes de calidad y escoger libremente esos bienes, al previamente vulnerar directamente la libertad económica y la propiedad de las empresas privadas de alimentos que operan en el país".
- En tal sentido, resulta necesario señalar que es deber del Estado garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor (artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), por lo que interesa a un grupo indeterminado de personas incluyéndose dentro de los supuestos de derechos o intereses difusos. ..."
- "...Asimismo, esta Sala reitera su posición respecto al deber que tiene el Estado de velar por el correcto cumplimiento de aquellas actividades que sean de interés social, y que cumplan con su cometido esencial, actuando en consecuencia, en beneficio y defensa del bien común.."

rio con competencia en el área, el Ministerio del poder popular para la Alimentación, con la finalidad de garantizar la seguridad y soberanía alimentaria, como órgano con competencia para regular, ordenar y proteger el sector agroalimentario nacional. “En cualquier circunstancia, se establece que debe (obligación) el Ejecutivo Nacional garantizar la disponibilidad y acceso de alimentos.

En cuanto al Plan de la Patria (2013/2019) en él se señala que el objetivo esencial del estado es “Lograr la soberanía alimentaria para garantizar el sagrado derecho a la alimentación de nuestro pueblo”. Y establece que El poder Ejecutivo Nacional es responsable de garantizar el derecho a la alimentación. “Asegurar una alimentación saludable y una nutrición adecuada a lo largo del ciclo de vida, en concordancia con los mandatos constitucionales sobre Salud, Soberanía y Seguridad Alimentaria, con el incremento de la prevalencia de la Lactancia Materna Exclusiva (LME) en un 70%”

En contraste con el Plan anterior, el Plan de la Patria (2025 Hacia la prosperidad económica), se centra más en justificar lo que consideran logros de la revolución socialista del Ejecutivo Nacional que en proponer soluciones para garantizar los derechos de las personas. Un ejemplo, cuando el documento se refiere al primer Objetivo del Plan lo llama; “Defender, expandir y consolidar el bien máspreciado que hemos conquistado después de 200 años: la independencia nacional”, y para entender que el texto no es más que un discurso, paso a transcribir lo siguiente:

“...la soberanía se mantiene como gran Objetivo Histórico, al tiempo que asume la dimensión fundamental de gestar independencia del aparato económico productivo y procesos de blindaje ante cualquier agresión imperial. De manera notoria, se incorpora un objetivo asociado a la descolonización, así como otro referido a los delitos y

formas de la guerra económica, de agresión a la moneda, como modalidades de injerencia sobre la República.

Así, se incorporan las estrategias para el blindaje y defensa de la República, del sistema económico y financiero, de nuestra moneda, las capacidades logísticas, de distribución y de abastecimiento, para garantizar las libertades económicas del pueblo, la contraofensiva de la guerra económica y la responsabilidad de los autores de crímenes de la guerra económica. De la misma forma, se **continúa desarrollando la soberanía alimentaria como un desafío central para la independencia**, con un enfoque agroecológico y ecosocialista, profundizando el combate frontal al latifundio e incorporando el fortalecimiento de capacidades de monitoreo y seguimiento.”⁹

9 El plan de la Patria 2025 establece como Políticas Estructurantes:

- DESARROLLO DE LAS FUERZAS PRODUCTIVAS PARA ALCANZAR LA PLENA SOBERANÍA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA mediante el desarrollo del modelo productivo ecosocialista basado en la diversificación, ampliación y máximo aprovechamiento de la capacidad productiva; el desarrollo tecnológico y de soporte, insumos, maquinaria; el rescate y preservación de semillas soberanas y el establecimiento de patrones de consumo saludables y soberanos.
- INTEGRACIÓN DEL SISTEMA AGROALIMENTARIO NACIONAL, DESDE LA PRODUCCIÓN PRIMARIA A LA DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ALIMENTOS, bajo una visión de soberanía y autoabastecimiento.
- COMBATE FRONTAL AL LATIFUNDIO. Que permita una democratización del acceso y regularización del uso y tenencia de la tierra.
- RESCATE, PRESERVACIÓN Y DEFENSA DE LAS SEMILLAS EN RUBROS ESTRATÉGICOS, con una perspectiva soberana y ecológica.
- MAXIMIZAR E INCORPORAR EL PLENO POTENCIAL PESQUERO DE LA VENEZUELA AZUL a la soberanía alimentaria y potencialidad económica.
- PROMOCIÓN DE NUEVOS ACTORES. Mediante la organización popular y empoderamiento de los campesinos y campesinas, pescadores y pescadoras.
- PROMOCIÓN DE LA AGRICULTURA URBANA Y PERIURBANA, estableciendo prácticas agrícolas sostenibles y resilientes.
- NUEVO SISTEMA DE PRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN, LOGÍSTICA Y PRECIOS. La victoria de la Revolución Bolivariana, frente a la guerra del capitalismo, será el nuevo sistema de Plan de la Patria 2025

Mucho se “legisló” y “planificó” sobre la seguridad alimentaria, todo quedó en el papel, o en el desuso, ni se aplican, ni se invocan, poco importa el daño social y personal causado y que ha llegado a niveles de emergencia humanitaria compleja, afectando a la población.

Sólo propaganda, en despilfarro, persecución a los productores, confiscación de tierras con apariencia de aplicación de la ley, por lo que llegamos a una situación mucho más que una alerta encendida de desnutrición, enfermedad y hambre. La realidad se expresa en:

- No hay inventarios para mercado interno de productos básicos y si los hay no están siendo distribuidos a toda la población
- Difícil acceso de alimentos de productos esenciales

[347] producción, distribución, logística y precios, seguro, soberano, solidario y al servicio de la satisfacción de las necesidades del pueblo.

- PROMOCIÓN DE PATRONES DE CONSUMO SALUDABLES Y SOBERANOS. Que permitan mediante la demanda a rubros autóctonos, el fortalecimiento de cadenas productivas nacionales con bajo nivel de componente importado.
- DESARROLLO DE LA AGENDA ECONOMÍA BOLIVARIANA EN EL TERRITORIO. A través del desarrollo de las subregiones productivas, tales como los distritos motores del Comandante Chávez en las subregiones hortícolas de los Andes (papa, cebollín, zanahoria, ajo), hortícola de piso bajo de Lara (pimentón, tomate, cebolla), cerealera de Portuguesa-Cojedes, cerealera de Guárico, Sur del Lago, entre otras. Así mismo, el desarrollo de la economía local, con el peso fundamental en la agricultura urbana, periurbana y comunal.

METAS (EN CONCORDANCIA CON LA POLÍTICA AGRÍCOLA NACIONAL)

- 5,16 millones de hectáreas anuales de superficie cultivada. De ellas, 100.000 ha sembradas en espacios urbanos y periurbanos.
- Alcanzar 40 millones de toneladas de alimentos producidos en el país.
- Disponibilidad calórica diaria por persona al 2025 de 3.060 kcal.
- Disminución de los niveles de prevalencia de la subalimentación, malnutrición o desnutrición desagregada por edad, sexo, grupos.
- Sostener e incrementar los logros de la revolución en protección social.
- Mejoras en el índice de calidad de la dieta.

- El alto costo asociado a la carestía y a la inflación incontrolada
- No hay oferta ni disponibilidad
- Trabas gubernamentales para acceso: racionamiento
- Largas y penosas colas
- Mercado ilegal
- Transporte en crisis
- Falta de empleo
- Luz y agua colapso del servicio

Ante una situación aplica el artículo 25 de la Constitución de 1999, que establece que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.¹⁰

El particularmente aplicable resulta el artículo 232 constitucional el cual consagra la responsabilidad personal del presidente de la República no sólo de sus actos y del cumplimiento de sus obligaciones inherentes al cargo, **sino la obligación expresa e ineludible de procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos.**

VII. EL CONTEXTO POLÍTICO EN QUE HA OCURRIDO LA NEGACIÓN DE GARANTIZAR DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO

Lo cierto es que la legislación presidencial revolucionaria se desarrolló bajo una delegación total de la competencia

10 La responsabilidad personal del funcionario quedó consagrada en los artículos 139, 140, 141, 232, 244, 281 constitucionales.

legislativa. Más de 200 leyes presidenciales plenas de errores materiales, de reimpressiones por error de copia, de errores conceptuales, de mandatos inconstitucionales, de violaciones a los principios más elementales del derecho, y de desconocimiento de los derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos, la mayoría producidas bajo la conducta tramposa de anunciar su publicación ante el vencimiento de la habilitación, en supuestas gacetas oficiales extraordinarias que aparecerían meses después con fecha anticipada. Fue a través de esta legislación delegada ilimitada, hiper-normativa, irreflexiva y antijurídica como se inició la destrucción del aparato productivo nacional.

Se impuso por vía de la fuerza de una normativa contraria a la Constitución una agenda económica de un modelo socialista que no es el modelo constitucional. La Constitución venezolana como lo hemos señalado, plantea un sistema de economía de mercado (artículo 299) y un sistema de respeto a la iniciativa privada, libertad de empresa (artículo 112) y respeto a la propiedad privada (artículo 115). Es sólo al lado de esa iniciativa privada que se concibe la iniciativa pública (artículo 299).

A todo lo anterior, se une también otro escandaloso desatino, la militarización de la economía, con la incorporación de la Fuerza Armada a la gestión pública empresarial. Nada más inconstitucional y antiético que la unión de estos dos conceptos: empresa económica y fuerza militar. Ello sólo puede entenderse como el reconocimiento gubernamental de la economía de guerra en que han sumido al país, que no la guerra económica.

El resultado económico de este modelo socialista y militarista es la crisis humanitaria compleja que hoy afecta gravemente a todos los venezolanos.

Ante la nueva realidad de una Asamblea Nacional de mayoría opositora en base a la elección de 2016, también los

mal llamados revolucionarios ocupando los altos cargos de los poderes públicos han usurpado las competencias del poder legislativo y anulado sus poderes de control, y el normal funcionamiento.

La anuló el régimen de forma inédita y antes de la instalación, mediante la suspensión cautelar, que dura hasta que sea necesario, respecto de la incorporación de tres diputados de Amazonas, número necesario para eliminar la mayoría calificada requerida para muchas de las competencias parlamentarias.

Luego, mediante el degradado Poder Judicial, se le quitó toda competencia de actuación a la Asamblea Nacional a través de la anulación anticipada y a futuro de cualquier acto que ésta dictase por entenderla en desacato respecto de la anterior decisión mencionada.

También utilizando la interpretación en sentencias, como las de la Sala Constitucional le quitó a la Asamblea Nacional sus potestades de control sobre la Administración Pública, sobre el presupuesto y el crédito público, y sobre el control político que todo parlamento ejerce, incluso eliminando la eficacia del acto de censura, dado, por ejemplo a uno de los Ministros de la Represión, el General Reverol quien se mantuvo en su cargo, a pesar de que la consecuencia constitucional es la destitución automática. Lo que sí valida ese Tribunal Supremo es la destitución sin base constitucional ni legal de diputados opositores, la violación de su inmunidad parlamentaria y la encarcelación sin proceso ni derecho a la defensa.

Las leyes, se han venido produciendo mediante sentencias que usurpan la función legislativa y usando de nuevo la distorsionada técnica de la legislación presidencial, ahora no con leyes habilitantes, pues se carece de mayoría oficialista para dictarlas, sino con decretos de emergencia económica emitidos por el propio Presidente y omitiendo el requisito constitu-

cional de su aprobación por la Asamblea Nacional, mediante sentencia otra vez de interpretación hermética de la espuria Sala Constitucional, con el disparatado argumento de una aprobación tácita a pesa de que existió una negativa expresa del órgano parlamentario.

Aun cuando la emergencia económica sólo podía constitucionalmente durar 120 días (artículo 338) van ya tres años continuos (la primera se declaró en enero de 2016) de una legislación presidencial de emergencia, inconstitucional tanto en la forma como en el fondo, desde que ella ha servido de fundamento no solo a medidas económicas sino otras dirigidas a justificar la actuación de grupos parapoliciales y paramilitares conjuntamente con la fuerza armada bolivariana y los cuerpos de policía para mantener el orden público y la seguridad y soberanía de la Nación.

VIII. LAS PRUEBAS DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN PARTICULAR A LOS QUE SE VINCULAN AL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LOS SERVICIOS

El “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela”, del pasado 4 de julio de 2019, conocido como Informe Bachelet, ha hecho un diagnóstico muy crudo sobre la realidad actual de Venezuela, no sólo respecto de las sistemáticas violaciones al derecho internacional de los DDHH y al derecho internacional humanitario; sino, también, en relación a los elevados niveles de deterioro institucional que se traduce, en la práctica, en ausencia de Estado de Derecho, violación del principio de separación de poderes, y violación del principio de la legalidad.

De acuerdo con el Informe Bachelet, la institucionalidad democrática ha sido desmantelada por el régimen de Maduro,

en menoscabo de los principios de supremacía de la Constitución, separación de poderes, legalidad, responsabilidad, entre otros. La no vigencia de los principios precitados, viene a configurar un Estado fallido, signado por la ausencia de estado de derecho, la arbitrariedad en el ejercicio del Poder Público, y, fundamentalmente, la incertidumbre e imprevisibilidad respecto de los actos jurídicos del Estado.

Texto del Informe:

“Durante al menos una década, el Gobierno, así como las instituciones controladas por el Gobierno han aplicado leyes y políticas que han acelerado la erosión del estado de derecho y el desmantelamiento de las instituciones democráticas, incluyendo la Asamblea Nacional. Estas medidas tienen como objetivo neutralizar, reprimir y criminalizar a opositores/as políticas y críticas al Gobierno. Esta tendencia se ha aumentado desde 2016, después de que la oposición ganara la mayoría de los escaños de la Asamblea Nacional, lo cual llevó a un incremento de la represión selectiva de la oposición política y a una restricción incesante del de por sí limitado espacio democrático.”

El Informe Bachelet hace referencia a las precarias condiciones de vida a la que son sometidos los venezolanos en general, en violación del principio de justicia social. Los derechos a la alimentación, a la salud, al trabajo, al salario digno, a la sindicalización, las luchas sociales reivindicativas, son expresamente señaladas, así como sus vulneraciones. La categoría de crisis humanitaria es mencionada en diversas oportunidades.

Es de resaltar la violación del Principio de justicia social cuando en el texto del Informe se afirma:

“10. La crisis económica y social se agudizó considerablemente entre 2018 y 2019. A medida que la economía seguía

contrayéndose, la inflación se disparó y los ingresos públicos disminuyeron a raíz de una drástica reducción en las exportaciones de petróleo. La población venezolana está afrontando muy diversas e interrelacionadas violaciones de sus derechos económicos y sociales. (...)

En particular, en cuanto a las “violaciones al derecho a la alimentación, incluida la obligación del Estado para garantizar que la población no padezca hambre” (§ 13), en el v se destaca específicamente que: 10 “El Gobierno no ha demostrado que ha utilizado todos los recursos disponibles para garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación, ni tampoco que hubiere buscado, sin éxito, asistencia internacional para abordar dichas deficiencias (§ 13).”

Cuando trata el derecho a un salario digno el Informe se pronuncia de la siguiente manera:

“A pesar de que el Gobierno ha decretado varios aumentos en el salario mínimo, su poder adquisitivo ha disminuido hasta el punto de que ya no se lo puede considerar como un salario de subsistencia. En abril de 2019, el salario mínimo, que ascendía al equivalente de unos siete dólares estadounidenses al mes, cubría únicamente el 4,7 por ciento de la canasta básica de alimentos¹¹. Pese a algunos subsidios generales del Gobierno, las personas entrevistadas por el ACNUDH manifestaron su preocupación respecto de que los ingresos mensuales de sus familias eran insuficientes para cubrir sus necesidades básicas y que solo daban para adquirir aproximadamente cuatro días de comida por mes.”

En el caso del derecho a un nivel adecuado de vida dice el texto del Informe:

11 Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores, <http://cenda.org.ve/default.asp>.

“1. El desvío de recursos, la corrupción y la falta de mantenimiento en la infraestructura pública, así como la subinversión, han tenido como resultado violaciones al derecho a un nivel adecuado de vida, entre otros, debido al deterioro de servicios básicos como el transporte público y el acceso a electricidad, agua y gas natural. A partir de septiembre de 2018, miembros del Gobierno empezaron a hablar de las consecuencias de la crisis económica y a reconocer ciertos aspectos de la situación humanitaria, principalmente respecto de la escasez de la alimentación y de los medicamentos¹². El Gobierno afirmó que destina 75 por ciento de presupuesto anual a la inversión en el área social.”

En referencia directa al tema que nos ocupa en este trabajo como es el derecho a la alimentación el pronunciamiento oficial Bachelet expresa:

“Información verificada por el ACNUDH confirma violaciones al derecho a la alimentación, incluida la obligación del Estado para garantizar que la población no padezca hambre. El principal programa de asistencia alimentaria, conocido como “cajas CLAP”, no cubre las necesidades nutricionales que son elementales para la gente. El Gobierno no ha demostrado que ha utilizado todos los recursos disponibles para garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación, ni tampoco que hubiere buscado, sin éxito, asistencia internacional para abordar dichas deficiencias.”

Unida la alimentación a la salud el texto del Informe señala:

“1. En cuanto al derecho a la salud en Venezuela, la situación es grave. Las personas entrevistadas describieron consistentemente una infraestructura de la atención a la salud que lleva años deteriorándose y que se caracteriza

12 Información proporcionada por el Gobierno.

por el éxodo de doctores/as y personal de enfermería, así como por graves carencias en la atención médica básica y de medicamentos. Las familias de los/as pacientes tienen que suministrar todos los productos de primera necesidad, entre otros, agua, guantes y jeringuillas. Se ha informado de carencias del 60 al 100 por ciento de fármacos esenciales en cuatro de las principales ciudades de Venezuela, incluyendo Caracas¹³(...).”

Por último, la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación está asociado al derecho de acceso a los alimentos y servicios, y a tales fines el Informe concluye:

“21. Durante dos décadas, el Gobierno promovió políticas sociales a través de las “Misiones Bolivarianas”, las cuales eran programas destinados a luchar contra la pobreza y la exclusión social, así como a reducir la brecha de desigualdad de género. Hoy en día, las y los venezolanos/as dependen cada vez más de los programas sociales para acceder a niveles mínimos de ingresos y alimentos.

22. El 13 de mayo de 2016, el Gobierno declaró un “estado de excepción y emergencia económica”¹⁴ y creó los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) como parte de la estructura local de los Consejos Comunales¹⁵. Estas estructuras, junto con las fuerzas militares y de seguridad, tienen el mandato de distribuir asistencia alimentaria, conocida como cajas CLAP, las cuales, según el Gobierno, llegan a 6 millones de hogares. El ACNUDH recibió información de personas quienes, a pesar de no contar con acceso suficiente a alimentos, no fueron inclui-

13 Red Venezolana de Gente Positiva, www.mavidcarabobo.org.ve; Federación Farmacéutica Venezolana, <http://fefarven.org.ve/portal/>; CONVITE X La Salud, “Monitoreo del Acceso a la Salud en Venezuela”, Boletín N° 20, marzo de 2019.

14 Decreto presidencial No. 2323.

15 Los Consejos Comunales fueron creados en 2006 para que el pueblo pudiera gestionar directamente políticas públicas y proyectos sociales.

das en las listas de distribución de las cajas CLAP porque no eran partidarias del Gobierno. (...).

23. (...) El ACNUDH recabó testimonios de mujeres, incluyendo de lideresas locales, quienes han sido señaladas por su activismo, amenazadas por otros líderes y lideresas comunitarios/as y por grupos armados civiles pro-gubernamentales (los llamados “colectivos armados”), y excluidas de los programas sociales. Las mujeres reportaron que en ocasiones preferían no exigir sus derechos, incluido el derecho a pronunciarse en contra del Gobierno, por miedo a represalias.”

La conclusión de este Informe parcialmente transcrito es una prueba fehaciente de las graves violaciones a los derechos económicos, políticos y sociales, incluidos los derechos a la alimentación, a los servicios y a la salud, de un régimen que ha discriminado por motivos políticos y ha utilizado sus programas como instrumento de control social.

CONCLUSIÓN

El Poder Ejecutivo Nacional, hoy régimen de facto, se apartó de la Constitución y la tradición republicana del país. Los venezolanos sufren graves carencias materiales y el cerceamiento radical de todos sus derechos, incluidos los políticos. Es una población dominada por el hambre y la desesperanza. El socialismo real los ha sometido a la persecución, al caos y a la miseria. Frente a esta situación emerge la necesidad urgente de regresar a la democracia constitucional. Por esa razón la Asamblea Nacional dicta El Estatuto que rige la Transición a la Democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, instrumento jurídico constitucional que se dicta como un acto en ejecución directa e inmediata del artículo 333 de la Carta Magna.

Su propósito es volver a la Constitución desde la propia Constitución para ofrecer un cauce ordenado y racional al inédito e inminente proceso de cambio político que ha comenzado en el país. Se trata de una iniciativa normativa de la Asamblea Nacional que aspira a preservar la Constitución de 1999 como pacto de convivencia para la vida cívica de los venezolanos y como fundamento de la transición democrática para que puedan garantizarse el ejercicio pleno de los derechos humanos, entre ellos el de la alimentación.

Esta coyuntura liberadora como lo expresa la Exposición de Motivos del Estatuto, comenzó el 10 de enero de 2019, tuvo sus orígenes cuando las fuerzas opositoras se negaron a participar en el proceso fraudulento del 20 de mayo de 2018, después de negarse a suscribir el Acuerdo Electoral propuesto por los emisarios de Nicolás Maduro Moros en República Dominicana. El 20 de mayo de 2018 el régimen de facto pretendió simular un proceso comicial en el que los venezolanos no pudieron ejercer su derecho al voto en libertad y se sentaron las bases para el escenario de usurpación que ocurre actualmente. El silencio ciudadano en las urnas se convirtió en un grito ensordecedor de libertad que despojó delegitimidad al régimen y se expandió hasta el día de hoy. De esta manera, llegado el plazo constitucional en el que un nuevo Presidente electo debía juramentarse, no ocurrió lo debido y Nicolás Maduro Moros se aferró al Poder Ejecutivo de manera fáctica para profundizar la usurpación.

A partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro Moros continúa usurpando la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela y se ha instalado un gobierno de facto en el país. Pero el artículo 333 de la Constitución Nacional vigente reza: esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su

efectiva vigencia. En tal sentido, siendo fieles a la Carta Magna y respondiendo a su conciencia ciudadana, los venezolanos están obligados a impulsar acciones que permitan el restablecimiento del orden constitucional.

Se ha configurado, así, una situación política, jurídica y constitucional que favorece la restitución del orden constitucional. La Asamblea Nacional es consciente de la urgencia del momento y ofrece el presente Estatuto como un camino eficiente para regresar a la democracia por los caminos establecidos en la Constitución y así garantizar una transición ordenada que permita la inauguración de un sistema de libertades que ofrezca una paz duradera y estable.¹⁶

De manera que si damos cumplimiento al Estatuto, la Asamblea Nacional y los ciudadanos, la prioridad se concentra en resolver la reversión de la emergencia humanitaria compleja, con el propósito de rescatar el sistema de libertades, garantías constitucionales y los derechos humanos, y de esta manera cumplir el compromiso del Gobierno de Transición Democrática de garantizar primero los derechos de sobrevivencia de la población, acceso a los alimentos y servicios entre ellos la salud y paralelamente organizar las elecciones libres en un clima de estabilidad política. En ese momento podremos decir que comenzamos a recuperar la Democracia y la reconciliación entre los venezolanos. Que así sea.

16 Tomado de la Exposición de Motivos del Estatuto que rige la Transición a la Democracia para el restablecimiento de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

ÍNDICE

Presentación	11
--------------------	----

SEMBLANZA DEL DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA

<i>Rafael Badell Madrid</i>	15
-----------------------------------	----

Estudios

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU EJERCICIO POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<i>María Lidia Álvarez Chamosa</i>	37
--	----

I. Control de convencionalidad	39
--------------------------------------	----

II. Control de convencionalidad por la Administración Pública	48
--	----

Conclusiones	56
--------------------	----

Referencias	58
-------------------	----

LAS FORMAS EN EL DERECHO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

UNA REVISIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

<i>Jonás Aponte</i>	63
---------------------------	----

I. Planteamiento del problema	65
-------------------------------------	----

II. Problemas de las formas en el derecho venezolano	70
--	----

III. Noción de formalismo jurídico	76
--	----

IV. Formalismo Latinoamericano	79
--------------------------------------	----

V. La génesis de la sentencia ¿Formalismo judicial?	82
---	----

VI Noción de Acto Administrativo	87
--	----

VII. El Acto Administrativo y la diatriba entre forma y materia	92
--	----

VIII. La Potestad inspectora y las Providencias Administrativas en blanco.....	101
IX La notificación defectuosa por criterios de justicia material	104
X. Santo Tomás de Aquino y las formas	106

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

<i>Rafael Badell Madrid</i>	111
I. Introducción.....	113
II. Consideraciones generales sobre la justicia administrativa.....	115
III. Origen y evolución de la justicia administrativa	120
1. Origen	120
2. Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela	127
IV. ¿Qué es la justicia administrativa?.....	138
1. Concepto	138
V. Régimen jurídico del contencioso administrativo	144
1. Régimen constitucional	144
2. Régimen legal.....	145
A. Principios.....	145
3. Régimen de competencias.....	147
A. Medios de impugnación en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	150
a. Demanda de nulidad de actos de efectos particulares y generales (recurso de nulidad) (Artículos 76 al 86 de la LOJCA)	150
b. Demanda de interpretación de leyes (artículos 76 al 86 de la LOJCA)	151

c. La resolución de las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades (artículos 76 al 86 de la LOJCA).....	152
d. Los reclamos por la prestación de servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los prestadores de los mismos (artículos 65 al 75 de la LOJCA).....	152
e. Las reclamaciones contra las vías de hecho atribuidas a los órganos del Poder Público (artículos 65 al 75 de la LOJCA)	153
f. La abstención o la negativa de las autoridades a producir un acto al cual estén obligados por ley (artículos 65 al 75 de la LOJCA).....	153
g. Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual y extracontractual de los órganos que ejercer el Poder Público (artículo 9, numerales 4, 5, 8 y 9; y artículos 56 al 64 de la LOJCA).....	154
h. Las actuaciones, abstenciones, negativas o las vías de hecho de los consejos comunales y de otras personas o grupos que en virtud de la participación ciudadana ejerzan funciones administrativas (artículos 65 al 75 de la LOJCA).....	156
VI. Los poderes del juez contencioso administrativo en Venezuela	156
1. Poderes en la iniciación del proceso	158

2. Poderes en la sustanciación del proceso	159
3. Poderes decisorios	160
4. Poderes en la ejecución de la sentencia	165

SOBRE LA TENDENCIA HACIA LA ESPECIALIZACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA

<i>Allan R. Brewer-Carías</i>	171
-------------------------------------	-----

I. La Especialización Orgánica de la Justicia Administrativa	177
1. Las excepciones: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios	180
2. La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo.....	184
3. La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo.....	189
4. La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario	192
II. La Constitucionalización del Contencioso Administrativo	196
III. La Codificación del Contencioso Administrativo.....	200

GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTE PROGRAMA SOCIAL

<i>Gustavo A. Grau Fortoul</i>	205
--------------------------------------	-----

I. Preliminares.....	207
II. Aproximación al derecho a la vivienda, su tratamiento normativo a nivel internacional y el alcance atribuido al mismo.....	216
III. El tratamiento de la cuestión en el derecho venezolano.....	226
1. La previsión constitucional del derecho a la vivienda. El uso a esos fines de la expresión “adquisición” y “patrimonio familiar”	227
2. Desarrollo legal de estos preceptos. La venta en plena propiedad como uno de los mecanismos, junto a otros, para satisfacer el derecho a la vivienda. Previsión de límites razonables a la disposición	228
3. El derecho a la vivienda en el Texto Fundamental de 1999 y su posterior desarrollo a nivel legal	234
IV. Aproximación al marco jurídico legal de la GMVV.....	240
1. La Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas como texto cardinal de este régimen	240
2. El régimen jurídico especial previsto en este texto para la privación coactiva de la propiedad sobre terrenos o inmuebles destinados a la construcción de viviendas.....	242
A. Las contravenciones e imprecisiones que revela este régimen jurídico respecto de las exigencias derivadas del derecho al debido proceso y de la garantía expropiatoria.....	248
a. Una equívoca e inconstitucional declaratoria de utilidad pública	249
b. Una subversión radical del procedimiento expropiatorio	251

a'. Ocupaciones administrativas, sin garantías y para la "ejecución inmediata" de la obra	252
b'. O me vendes o te expropio: la radical alteración del orden lógico de la fase de arreglo amigable en el proceso expropiatorio y la insólita calificación del eventual arreglo como una "compra-venta"	257
c'. Una expropiación de emergencia sin procedimiento	259
c. La imposición sobrevenida de un método de valoración para el cálculo de la indemnización, absolutamente violatorio de la garantía expropiatoria	264
B. Algunas de las más notables contravenciones que revela la actuación administrativa en este ámbito, en abierta violación incluso al régimen jurídico establecido en el propio DLOETV	270
a. Afectación sin Decreto AVIVIR o de inmuebles ubicados fuera de su alcance	271
b. Omisión absoluta del procedimiento declarativo de ociosidad	272
c. Ocupaciones practicadas por autoridades incompetentes y sin acto formal	274
d. Omisión de estudios, de exploración del arreglo amigable y de la emisión del correspondiente Decreto de expropiación, así como de la sustanciación del p rocedimiento en cuyo cauce se emita el fallo traslativo de propiedad	275

e. Dos casos altamente reveladores de la comisión de estas arbitrariedades y de la infructuosidad de las acciones judiciales ejercidas a esos fines.....	276
a'. La actuación administrativa en el marco del Plan Catia	277
b'. El insólito caso del Metro de Caracas, actuando fuera del marco del DLOETV	284
C. La importancia del adecuado tratamiento de esta cuestión, como punto esencial para poder otorgar propiedad plena a los adjudicatarios de unidades construidas sobre terrenos o inmuebles privados	298
3. El tratamiento y alcance del derecho que se otorga a los beneficiarios de unidades habitacionales en el marco de este programa.....	300
4. El Decreto Ley del Régimen de Propiedad de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela	304
5. A modo de recapitulación	311
V. La Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la GMVV	313
1. Aproximación al contenido y objetivo fundamental del Proyecto	314
2. Las objeciones y ataques al Proyecto formuladas desde el oficialismo, insistiendo en que lo conferido a los beneficiarios del programa era un derecho de propiedad plena.....	320
3. La apresurada emisión de las Normas para la Protocolización de Documentos en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela	326
4. El contenido final que terminó dándose a la Ley sancionada	329

VI. La decisión emitida por la SC - TSJ, declarando la nulidad de la LTGMVV	334
VIIConclusiones	341

NCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER?
 LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO
 Y SUS MITOS

<i>Gustavo Linares Benzo</i>	345
I. El supuesto de hecho y el supuesto de Derecho	348
II. Los motivos y la motivación	353
1. Motivación de hecho	360
III. La causa	369
IV. La finalidad del acto administrativo	373
Conclusión.....	380

LA INHABILITACIÓN DEL PRESIDENTE GUAIDÓ
 POR LA CONTRALORÍA GENERAL
 DE LA REPÚBLICA

<i>Freddy J. Orlando S.</i>	381
I. Preliminar	383
II La Contraloría General de la República, integrante del Poder Ciudadano, Máximo órgano de Control Fiscal Externo y rector del Sistema Nacional de Control Fiscal.....	384
III. Inconstitucionalidad de la norma en la que se fundamenta la sanción de inhabilitación	388
IV. La situación de usurpación de poder en la que se halla inmerso el gobierno actual	392
V. En torno a los principios que rigen la actividad de control fiscal.....	394

LAS PONENCIAS DE FARÍAS MATA
EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA
POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (1981-1985)

<i>Gabriel Sira Santana</i>	397
I. Potestades de la Administración Pública.....	403
1. Potestad reglamentaria.....	403
2. Potestad sancionatoria	405
II. Discrecionalidad administrativa.....	407
III. Acto administrativo	410
1. Presunción de legitimidad	412
2. Motivación.....	413
IV. Procedimiento y recursos administrativos.....	417
V. Suspensión de efectos del acto administrativo	420
VI. Contencioso-administrativo	422
1. Pretensiones contencioso-administrativas.....	425
2. Aspectos procesales	428
VII. Tributos	431
VIII. Expropiaciones.....	433
IX. Atribuciones de la Contraloría General de la República.....	436

EL DERECHO ECONÓMICO DE TODOS A DISPONER
DE BIENES Y SERVICIOS DE CALIDAD
EN VENEZUELA

<i>Cecilia Sosa Gómez</i>	439
Punto Previo	441
I. La Alimentación: un derecho humano reconocido internacionalmente	442
II. Fundamento del derecho económico de cada persona a disponer de bienes y servicios.....	444

III. Los elementos esenciales del derecho a la alimentación; fundamento de la garantía del derecho	450
IV. El ámbito del derecho de toda persona al acceso a los bienes y servicios.....	451
V. El Poder Público y el derecho a la alimentación	454
VI. ¿Qué sucedió con las leyes y actos del Poder Ejecutivo Nacional en materia de seguridad alimentaria?.....	456
VII. El contexto político en que ha ocurrido la negación de garantizar derechos por parte del Estado	460
VIII. Las pruebas de la violación de los derechos humanos, en particular a los que se vinculan al derecho a la alimentación y los servicios.....	463
Conclusión.....	468

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 15 mayo - agosto 2018