

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

23

JULIO - DICIEMBRE

2021

www.cidep.com.ve

En conmemoración de los cuarenta años de vigencia de la
Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

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

Número 23

Julio – Diciembre 2021

Segunda etapa

*En conmemoración de los cuarenta años de vigencia
de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*

Caracas, 2022



Director	José Ignacio Hernández G.
Secretario de Redacción	Gabriel Sira Santana
Consejo de Redacción	José Rafael Belandria García María Alejandra Correa Claudia Nikken Flavia Pesci Feltri Antonio Silva Aranguren Jorge Luis Suárez Mejías Gustavo Urdaneta Troconis Daniela Urosa Maggi

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) es una publicación académica abierta, arbitrada por pares (*peer review*) y semestral del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela.

La REDAV recibe, evalúa y publica artículos referidos a (i) estudios teóricos y doctrinales sobre el Derecho Administrativo, (ii) la actualidad del Derecho Administrativo venezolano, y (iii) la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Integración.

El contenido de los trabajos publicados en la REDAV es de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponde necesariamente con los criterios de la Dirección, el Consejo de Redacción o el CIDEP.

Las normas y criterios editoriales de la REDAV pueden consultarse en este número y en el sitio web del CIDEP. Cualquier duda o comentario sobre la revista puede hacérsenos llegar a través del correo electrónico editorial@cidep.com.ve

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 23. Julio – Diciembre 2021

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-23>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 26-08-2022

SITIO WEB: cidep.com.ve/redav (SEGUNDA ETAPA); redav.com.ve (PRIMERA ETAPA)

TWITTER: @redav2012

ISSN: 2542-3169

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

Sitio web: www.cidep.com.ve www.cidep.online

Twitter – Instagram – LinkedIn – Youtube: @cidepVE

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

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

Normas y criterios editoriales

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica editorial@cidep.com.ve o a través de www.cidep.com.ve/redav
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. En autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'
12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 14 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.

13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto*. En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).
15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración del Consejo de Redacción de la REDAV declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la REDAV y el CIDEP quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la REDAV ceden al CIDEP los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, el CIDEP quedará facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La REDAV no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso arbitral y editorial, la REDAV podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la REDAV que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

* Disponible en <https://bit.ly/3BOGaxE>

Índice

ANTECEDENTES DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS VENEZOLANA, Flavia Pesci Feltri9

Introducción	9
i. Antecedentes y promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos.....	10
ii. Contenido esencial de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.....	14
iii. Las fuentes directas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.....	16
iv. Vigencia y aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.....	21

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Manuel Rojas Pérez.....25

i. Breve introducción al procedimiento administrativo	25
ii. Principio de la legalidad	28
iii. Principio de eficacia	29
iv. Principio del debido procedimiento.....	32
v. Principio de oficialidad	34
vi. Principio del control interno.....	36
vii. Principio de publicidad.....	40
viii. Principio de informalidad.....	41

LAS GARANTÍAS DE LOS ADMINISTRADOS EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Manuel Rachadell..... 43

Introducción	43
i. Garantías al derecho de los administrados a formular peticiones y a obtener oportuna respuesta	44
ii. Derecho de los administrados a la información y a la certeza de las relaciones con la Administración.....	52
iii. Garantías al derecho a la defensa.....	57
iv. Derecho a la igualdad de los administrados frente a otros administrados y a la imparcialidad de la Administración.....	64

EL VALOR JURÍDICO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO, Cecilia Sosa Gómez..... 67

Introducción	67
i. Rango constitucional.....	68

ii. El expediente administrativo: un derecho y una carga de la Administración.....	70
iii. Significado del expediente administrativo	71
iv. Noción y contenido del expediente administrativo.....	71
v. El expediente administrativo en juicio.....	72
vi. El juzgamiento en la jurisdicción contencioso administrativa y el expediente administrativo.....	73
vii. El expediente administrativo como documento probatorio.....	76
viii. La oposición o la impugnación del expediente administrativo	80
Conclusiones	81

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA AL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, Enrique Meier Echeverría.....85

Introducción	85
i. Concepto de relación jurídica	96
ii. Circunstancias determinantes de la aplicación del concepto de relación jurídica al derecho administrativo.....	114
iii. Características, elementos y clases de relación jurídico-administrativa	121
Conclusión	135

LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO FALLIDO EN VENEZUELA, José Ignacio Hernández G.137

Introducción	138
i. Evolución y visión tradicional del procedimiento administrativo en el derecho administrativo venezolano	140
ii. El cambio de visión del procedimiento administrativo desde la administración vicarial. La necesaria renovación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el marco del colapso estatal	152

Antecedentes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana

Flavia PESCI FELTRI*
REDAV, N° 23, 2021, PP. 9-24

Resumen: El artículo resume las diversas iniciativas y proyectos que sirvieron de antecedentes a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, destacándose a su vez las fuentes que le sirvieron de inspiración, su contenido más relevante y su vinculación con la jurisprudencia de la época.

Palabras clave: Debido proceso – Derecho a la defensa – Procedimiento administrativo.

Abstract: *The paper summarizes the various initiatives and projects that served as background to the Organic Law of Administrative Procedures, highlighting as well the sources that served as inspiration, its most relevant dispositions and its link with the jurisprudence of the time.*

Keywords: *Due process – Right to defense – Administrative procedure.*

Recibido

22-07-2022

Aceptado

04-08-2022

Introducción

La *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* (LOPA) venezolana se publicó en julio de 1981 y entró en vigor en enero de 1982, cumpliendo este año cuatro décadas de vigencia. De las leyes que fueron promulgadas con anterioridad a la Constitución de 1999, esta es una de las pocas normativas administrativas que no ha sido reformada ni modificada y que ha sobrevivido al régimen que se impuso a partir de la llegada del chavismo al poder.

Como la Ley de España de 1958 en su momento, la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* venezolana ha sido un bastión esencial para el fortalecimiento del Estado de derecho en Venezuela, su entrada en vigencia fue un acontecimiento en extremo importante.

En el marco de la conmemoración de los cuarenta años de vigencia de la LOPA, el presente trabajo pretende dar cuenta de los antecedentes

* Abogado de la UCV; especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad; profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV); Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

de la mencionada ley y de la recepción que la misma tuvo una vez sancionada. Aun cuando este artículo ya ha sido publicado¹, me ha parecido oportuno que en este número conmemorativo se incluyera, tomando en cuenta que ha sido actualizado y ampliado para esta ocasión.

I. Antecedentes y promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos

La *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* venezolana surge bajo la corriente doctrinal y el desarrollo legislativo que se había expuesto en Europa en las primeras décadas del siglo XX, en torno a la necesidad de recoger, en una sola norma, el cauce formal que delimitara y estableciera los mecanismos y maneras del actuar administrativo.

Dentro del marco de un Estado de derecho se razonaba que así como el legislador y el juez debían someterse a un procedimiento general para ejercer sus funciones (principio de legalidad), de idéntica manera la actuación administrativa debía someterse a un sistema procedimental previamente diseñado, en aras de garantizar su eficiencia y el respeto de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio de la función administrativa.

La idea entonces de codificar la actuación de la Administración pública y formalizar la toma de sus decisiones, se estableció como uno de los elementos esenciales para dar cumplimiento efectivo a la premisa de someter el Poder público y, por tanto, la Administración al Derecho.

Dicha exigencia se impuso en la Venezuela del final de los años cincuenta, al término de la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez y al comienzo de la era democrática con la promulgación de la Constitución de 1961 y la previsión en su texto de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, pasaron veinte años a partir de la entrada en vigencia de la Constitución mencionada para que la Administración pública de nuestro país contara con un régimen legal adjetivo que la regulara; veinte años en los que actuó de manera discrecional y arbitraria en sus relaciones jurídicas con los administrados en contra de los derechos de estos, fuera del modelo de Estado consagrado en el texto constitucional.

Efectivamente, el proceso que dio como resultado la promulgación de una ley que previera un procedimiento administrativo general de obligatorio cumplimiento para cualquier actuación de la Administración

¹ En Allan R. Brewer-Carías: *Una personalidad multifacética: Libro-homenaje de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por sus 80 años (AVEDA: Caracas, 2020)*.

y consagrara los principios a los que debía sujetar su comportamiento con el fin de garantizar el respeto de los derechos del ciudadano, fue un proceso en extremo lento, que comenzó a finales de los años cincuenta y que pudo, por fin, cristalizarse en enero de 1982.

En este sentido, expresaba el profesor TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA que:

Al ocurrir el Golpe de Estado de 1958 se inició una reforma del país, una reforma de Venezuela. Se creó entonces la Comisión de Administración Pública y afortunadamente fue encargada a un eminente ciudadano (...) el doctor Lozada (quien) planteó a sus colaboradores la necesidad de estudiar y presentar proyectos acerca de lo que había que hacer en el país; fue entonces cuando nació el primer borrador del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, del cual me correspondió ser ponente. Ese proyecto encontró muy poca acogida a pesar de que después de haber sido estudiado en la Comisión fue presentado a las Cámaras y de ahí no pasó².

La aprobación de la referida ley fue, como lo testimonia ORLANDO TOVAR³, una promesa de todos los candidatos a la elección presidencial y se encontraba en los programas elaborados por los partidos políticos, de lo que puede deducirse que estos eran conscientes de la deuda no satisfecha con los ciudadanos y con el modelo de Estado por el que lucharon desde 1947.

Unos días antes de que fuera aprobada por el legislativo la normativa aludida, en la *Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* se celebró en mayo de 1981 un "Seminario sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", promovido y organizado por el Instituto de Derecho Público, cuyo director para esa fecha era el profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS, en el que participaron destacados juristas y en el que se produjeron importantes contribuciones y análisis del contenido de dicha normativa.

El referido Seminario fue un acto académico de gran trascendencia ya que, a partir de su celebración, se realizaron varias actividades dirigidas a reforzar la importancia de la norma procedimental recién aprobada y a inculcar la exigencia de su obligada aplicación en el actuar de la Administración que, hasta ese momento, estaba acostumbrada a conducirse de forma discrecional.

² Tomás Polanco Alcántara, "El impacto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre la Administración Pública", en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV. 1980-1981, (Caracas: UCV, 1983), 44.

³ Orlando Tovar, "Foro sobre el proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 299.

Las ponencias que se presentaron fueron luego plasmadas en un texto intitulado “*El procedimiento administrativo*”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, en el que se encuentran los análisis a los que se ha hecho mención y que constituyeron una guía doctrinaria esencial no sólo para profesores y estudiantes de derecho administrativo sino también para abogados, funcionarios públicos y jueces contencioso administrativos.

Además, el libro citado es actualmente un documento indispensable para los investigadores en el área, pues recoge cuáles fueron los diversos proyectos de leyes que se discutieron en esta materia revelando el largo trayecto transcurrido entre el precursor de ellos y la ley definitiva.

Así, el primero de los proyectos de ley de procedimiento administrativo que se elaboró es el que hace mención el Dr. TOMÁS POLANCO en el libro referido, texto que fue redactado por él mismo a solicitud de la Comisión de Administración pública en 1963.

Posteriormente en 1965 se hizo, por petición del Ministerio de Justicia, el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo cuya elaboración fue encomendada a BREWER-CARIÁS y en la que intervinieron los profesores españoles SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO y RUBIO LLORENTE que se encontraban en esa época trabajando en la Universidad Central de Venezuela⁴.

No obstante las buenas intenciones, persistió una importante resistencia en materializar la voluntad de someter la Administración pública a una norma general y previa. En efecto, fue necesario que transcurrieran siete años de la contribución de los maestros españoles en la preparación del proyecto de ley adjetiva, concretamente en 1972, para que se retomara el tema, gracias al sostenido trabajo de la *Comisión de Administración Pública de la Presidencia* presidida por el Dr. BREWER-CARIÁS, quien propuso junto con sus colaboradores en el extenso *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos.

Después de tres años de un trabajo colosal por parte de todos los integrantes de la Comisión que tenía como propósito proponer al Ejecutivo un *Plan de Reforma Administrativa*, fue entregado al Presidente Caldera un informe que incluía, entre otras propuestas, la reestructuración, tecnificación, reorganización de la Administración pública; la elaboración de una serie de proyectos de leyes dirigidos a regular los

⁴ Allan R. Brewer-Carías, *El tránsito de un administrativista por las entrañas de la Administración del Estado*. Palabras en el Acto de Instalación de las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público en General, organizadas por FUNEDA, FUNJIS, IDDC, ADDA y la Pontificia Universidad Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana, 06-11-2018, <https://bit.ly/3R6tvOq>

procedimientos administrativos y la creación de un estatuto de la función pública⁵.

En el capítulo IV titulado “*El régimen jurídico de los procedimientos administrativos*” del informe de junio del 72, BREWER-CARÍAS afirmaba para ese entonces que:

La promulgación de una Ley de Procedimientos administrativos constituye uno de los aspectos de mayor importancia en la labor de integración del ordenamiento jurídico de la República, por cuanto que con leyes de esta naturaleza culmina el proceso de reducción del actuar administrativo a esquemas jurídicos de validez general, presupuesto necesario para la efectiva vigencia del Estado de derecho⁶.

Ahora bien, la discusión en torno a la aprobación de una ley procedimental para el actuar administrativo es otra vez suspendida para ser reactivada en 1976, cuando finalmente, una nueva comisión, la *Comisión de Reforma Integral de la Administración Pública* somete a consideración del Ejecutivo Nacional otro proyecto.

Luego de quince años, contados a partir de la primera elaboración del primer proyecto de ley de procedimientos administrativos, el Ministerio de Justicia envía al Presidente de la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1978 que es aprobado por el Senado en 1980, quien lo remite a la Cámara de Diputados para su revisión y sanción, habiendo previamente modificado y eliminado una serie de disposiciones.

En diciembre de ese mismo año, el Presidente de la República envía un comunicado al Presidente del Congreso solicitando la reconsideración de alguno de los cambios introducidos en el texto de la futura ley, a lo cual el Senado responde mediante un *Informe de la Comisión*

⁵ De esa experiencia nos comenta el propio BREWER: “*Tres años intensísimos y fascinantes siguieron, durante los cuales tuve el privilegio, junto con un destacadísimo grupo de más de 80 profesionales que designé con toda libertad y sin injerencia partidista, de conocer por dentro y diseccionar todas las entrañas de la Administración Pública, en las áreas de personal –en la Comisión estaba la Oficina Central de Personal–; de la organización administrativa tanto estructural como funcional, y su reforma; y de la formación en administración pública – la Escuela de Administración Pública también estaba adscrita a la Comisión. El resultado fue, además, de la elaboración de varios importantes proyectos de leyes, como la relativa a la función pública –aprobada como Ley de Carrera Administrativa en 1971–; y la relativa a la Administración Pública; la presentación de un muy completo y ambicioso plan de reforma administrativa –único en su tiempo en América Latina– para ser ejecutado en los años futuros, contenido en un grueso e importante libro, que sirvió por muchos años como guía para el conocimiento de la Administración Pública*”. Brewer-Carías, *El tránsito...*, cit., 12-13.

⁶ *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Tomo II (Caracas: República de Venezuela. Comisión de Administración Pública, 1972), 391.

Permanente de Administración y servicios del Senado de la República en marzo de 1981.

Al fin, el 01-07-1981, la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* se publica en la Gaceta Oficial N° 2.818; pero la misma va a entrar en vigencia seis meses después por orden de una de sus disposiciones transitorias, por lo que la fecha a partir de la cual comenzó a producir efectos fue el 01-01-1982, veintiún años después de promulgada la Constitución democrática de 1961 y diecinueve años después de la elaboración del primer proyecto.

II. Contenido esencial de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

La novísima y tan ansiada *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* va a tener como objeto principal materializar el contenido del principio de legalidad administrativa, bajo la premisa de que todo el ejercicio de la función administrativa debe estar sometido a una norma previa que lo delimite, mediante el establecimiento de los parámetros dentro de los cuales ha de actuar la Administración entendida esta en su acepción más amplia.

Como consecuencia de lo anterior, el procedimiento administrativo y la ley que lo regula buscan establecer los límites del ejercicio de la función administrativa siendo tal función una de las competencias encomendadas al Estado como ente que monopoliza el poder para dar satisfacción a las necesidades de los ciudadanos.

El maestro MOLES CAUBET en el Seminario organizado por el Instituto de Derecho Público al que se hizo mención más arriba, interviene de primero en las exposiciones para explicar de manera lúcida los objetivos del procedimiento administrativo y, por ende, de la recién aprobada ley. En tal sentido, afirmaba el jurista que:

El procedimiento administrativo está concebido para alcanzar tres distintos objetivos:

Primero: el acondicionamiento de las potestades de la Administración, cuyo ejercicio siempre ha de sujetarse a las reglas de Derecho, con lo que el acto resultante se hace jurídicamente irreprochable.

Segundo: la protección o tutela de los derechos e intereses de quienes intervienen en el procedimiento, que está asegurada por la suma de sus garantías procedimentales.

Tercero: queda un tercer extremo, frecuentemente omitido por su carácter extrajurídico; las técnicas del procedimiento, destinadas a racionalizarlo para obtener una mayor eficacia, con la consiguiente simplificación, rapidez y economía. Estas técnicas se encuentran (...) muy perfeccionadas en el

campo de la organización, de la mecanización, de la informática y de la electrónica⁷.

En efecto, la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* tiene como fin controlar el ejercicio del poder para garantizar en el desarrollo de la actuación administrativa el respeto de los derechos de las personas previéndose, en tal sentido, los principios sobre los que debe sustentarse la relación jurídica entre administrado y Administración; los límites de su actuación; y los derechos a ser protegidos.

Así, consagra desde su promulgación un conjunto de derechos dirigidos a garantizar el derecho a la defensa: el derecho a ser oído (arts. 49 y 68) y a hacerse parte en el procedimiento (art. 23); derecho a ser notificado (arts. 48 y 73); tener acceso al expediente administrativo (art. 59) y el derecho a presentar pruebas (arts. 48 y 58); el derecho a ser informado de los recursos para ejercer la defensa (arts. 73 y 77); y, el derecho a que los actos administrativos sean motivados (arts. 9 y 18.5).

Igualmente, la nueva ley de procedimientos prevé la potestad de la Administración pública de revocar o anular los actos administrativos cuando adolezcan de los vicios de nulidad absoluta y relativa determinados en los artículos 18 y 20; y dispone que el procedimiento de nulidad del acto administrativo puede activarse de oficio o a instancia de parte interesada.

Asimismo, la ley contiene dentro de sus objetivos lograr una Administración pública moderna, eficiente que ejecute sus competencias dentro de parámetros de racionalidad y eficacia que le permitan cumplir verdaderamente sus fines y satisfacer las peticiones de los administrados, lo cual quedaba abiertamente plasmado en la *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* de 1980, elaborado por el Ministerio de Justicia y enviado al Congreso de la República para su consideración y en la que se subrayaba tal idea en los siguientes términos:

En la tendencia actual que vive Venezuela, de enrumbar al país hacia un desarrollo integral, se requiere de una moderna administración pública, caracterizada, fundamentalmente, por la celeridad en su actuación, por la racionalidad en la tramitación de los asuntos que ante ella se plantean y por la seguridad que frente a la misma debe existir de los derechos que el ordenamiento jurídico garantiza a los ciudadanos. En Venezuela, donde se está acorde con esta idea de modernizar a la administración pública, es necesario que la reforma institucional de la misma, la cual se ha iniciado con la aprobación por el Congreso Nacional de la Ley Orgánica de la Administración Central y la discusión de la Ley de la Administración Descentralizada, sea complementada con la aprobación de una norma que regule los

⁷ Antonio Moles Caubet, "Introducción al procedimiento administrativo", en *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 18-19.

principios generales que rijan el actuar de la administración, los cuales como se infiere de su contenido, se recogen en el proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que se presenta a la consideración de estas Cámaras⁸.

III. Las fuentes directas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Desde que la LOPA fue sancionada, la doctrina venezolana ha hecho constantes y expresas referencias a la ley española de 1958 y a los juristas de ese país, para explicar el contenido de sus instituciones.

Ello tiene total sentido por cuanto, el contenido de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, salvo algunas modificaciones, es básicamente el mismo texto del anteproyecto de 1965⁹ elaborado, como ya mencionamos, por el profesor BREWER-CARÍAS a petición del Ministerio de Justicia y en el que intervinieron directamente los profesores españoles FRANCISCO RUBIO LLORENTE y SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO¹⁰.

Así, lo afirman las distintas notas o exposiciones de motivos de los proyectos que le sucedieron. El de 1972, expresamente señala que:

Este Proyecto elaborado en la Comisión de Administración Pública en 1971 tuvo los siguientes antecedentes: el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos elaborado en 1962 por Tomás Polanco para la propia Comisión y el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos elaborado en 1965, para la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, por los Profesores Sebastián-Martín Retortillo, Francisco Rubio Llorente y Allan R. Brewer-Carías¹¹.

Y la exposición de motivos que acompaña el proyecto de 1978 que es el que, con sus modificaciones, será sancionado y publicado finalmente en 1981, cuando razona y justifica la necesidad de la aprobación de su texto, advierte:

La experiencia que han vivido otros países, que ya tienen leyes de procedimientos administrativos, es absolutamente positiva, pudiéndose citar como precedentes de leyes modelos de esta materia en el Derecho Comparado a los Estados Unidos de América, Yugoslavia, Polonia y España. En Latinoamérica es lógico citar a la novísima Ley de Procedimientos Administrativos

⁸ *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, en *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 413.

⁹ Importa resaltar que para la fecha en que se redacta el anteproyecto no se había dictado en América Latina ninguna ley de procedimientos administrativos, con lo cual sería interesante investigar si dicho texto, que bebió directamente de la ley española de 1958, fue conocido por los redactores de las leyes procedimentales que se fueron promulgando progresivamente en la región.

¹⁰ Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *El procedimiento administrativo en Venezuela. El proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2022), 10.

¹¹ *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 351.

de Argentina y su correspondiente reglamentación. El proyecto que se presenta a consideración de las Cámaras reúne las características de los modelos arriba señalados¹².

Es por ello que la doctrina, a partir de la publicación de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* venezolana, para explicar el sentido de sus normas e instituciones, hace constante referencia a la ley española de 1958 y a la doctrina administrativista de ese país.

Ello puede notarse con total claridad en las ponencias que hicieron los profesores administrativistas en mayo de 1981 cuando se celebró en la escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, el seminario sobre la LOPA y cuyos textos fueron publicados en el libro al que ya hicimos mención intitulado "*El procedimiento administrativo*", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*.

Por ejemplo, el maestro ANTONIO MOLES CAUBET en la primera de las conferencias afirma que hará "*frecuentes referencias a la Ley española, pues su texto es el que sigue la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, excelente modelo si no hubiera sido utilizado con tan poca fidelidad*"¹³.

El profesor MANUEL RACHADELL en su ponencia sobre las garantías de los administrados, hace contantes alusiones a autores españoles para explicar el derecho de petición, el derecho a la defensa, la motivación del acto administrativos; así, menciona al profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y su libro *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*; como la legislación española de 1958¹⁴.

También, el profesor ELOY LARES MARTÍNEZ cuando trata los recursos administrativos previstos en la novísima ley procedimental venezolana, cita constantemente a la ley española de procedimientos administrativos de 1953 como a la doctrina de ese país¹⁵; y el maestro JESÚS CABALLERO ORTIZ, al explicar del recurso jerárquico impropio, refiere expresamente que nuestro legislador se inspiró en el derecho español¹⁶.

Por último, NELSON EDUARDO RODRÍGUEZ GARCÍA en esas conferencias confirma la incidencia de la ley española de 1958, cuando emite su juicio crítico sobre la recién publicada *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*:

¹² *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 398 y 390.

¹³ Moles Caubet, *Introducción...*, cit., 18.

¹⁴ Manuel Rachadell, "Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 84 y 99.

¹⁵ Eloy Lares Martínez, "Los recursos administrativos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 143, 147, 149.

¹⁶ *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 70 y 171.

En mi opinión la ley es atécnica, confusa, mal copiada de la excelente Ley española de Procedimientos Administrativos de 1958, no se ha tomado en cuenta que debe ser parte de un bloque general de leyes que definan no solo los procedimientos generales a seguir por la Administración en su actuación sino también la necesaria Ley de lo Contencioso Administrativo prevista en la Constitución e igualmente una de Régimen Jurídico del Estado¹⁷.

Es importante advertir que la norma adjetiva que estamos celebrando, no fue concebida bajo el criterio de copiar la ley española de 1958; ciertamente, bebe de forma directa de ella pues es la única ley en español que había para el momento en que se redactó (1965) pero, además, recoge los razonamientos que la jurisprudencia venezolana de la Corte Federal primero, y la Corte Suprema de Justicia después, habían venido desarrollando en torno a instituciones fundamentales del actuar administrativo, especialmente el relativo a la necesidad de que en el ejercicio de sus funciones debía la administración garantizar el derecho a la defensa de los ciudadanos.

Así lo pone de manifiesto recientemente BREWER-CARIÁS, cuando habla del espíritu que tuvieron los redactores del proyecto de ley de 1965, y nos dice que:

[...] sus redactores no estuvimos de acuerdo en no adoptar ningún texto extranjero como “modelo”, pues la intención era elaborar proyectos que estuvieran ajustados en un todo a los principios del derecho venezolano que ya estaban muy arraigados en la jurisprudencia, que comenzaban entonces a conocerse. Ello no significó que no estudiásemos las previsiones de las Leyes españolas¹⁸.

De tal manera que la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo* venezolana reúne de la ley de procedimientos española los temas referidos al régimen jurídico de las nulidades y la revisión de los actos administrativos; los recursos administrativos; la definición de interesados y su representación; los principios que deben regir la actuación administrativa (economía, eficacia, celeridad imparcialidad); todo lo referente a la estructuración del expediente administrativo: unidad, uniformidad, racionalización de los métodos y sistemas de trabajo; información a los administrados sobre la organización administrativa y cómo se desarrollan los procedimientos¹⁹.

Mientras que en lo que se refiere a los derechos del ciudadano en su relación con la Administración pública, más concretamente, el derecho a la defensa y el debido proceso, la ley incorpora los principios que la jurisprudencia venezolana había venido elaborando.

¹⁷ Nelson Eduardo Rodríguez García, “Comentarios a la ponencia del Prof. Brewer-Carías”, en *El Procedimiento Administrativo...*, cit., 256.

¹⁸ Brewer-Carías, *El procedimiento...*, cit., 12.

¹⁹ Cfr. Id.

Muy tempranamente (1944), antes de que se dictara la Constitución de 1961 y mucho antes de que entrara en vigencia la LOPA, la jurisprudencia del máximo órgano judicial existente para la época (La Corte Federal y de Casación Accidental) estableció principios esenciales del procedimiento administrativo que expresaron la necesidad y obligatoriedad de garantizar el derecho a la defensa de los ciudadanos, sobre todo cuando estos estuvieran sometidos a un procedimiento administrativo sancionatorio.

Así, la Corte Federal y de Casación Accidental en sentencia del 18-02-1944, dispuso que toda persona tiene derecho a ser oída en los procedimientos administrativos sancionatorios, y señaló que aunque el procedimiento fuera extremadamente sumario, por aplicación del Código de Enjuiciamiento Criminal, el particular tenía derecho a ser oído. Dispuso que cuando se tratara de imponer sanciones de carácter punitivo (como una multa), era indispensable que se citara mediante boleta al enjuiciado para que participara en el juicio verbal correspondiente en el que se decidía si era o no responsable.

La misma Corte Federal y de Casación Accidental en sentencia del 11-08-1949, en la que resolvía un recurso contra la anulación de la marca de una fábrica, censuró que se pudieran anular las marcas sin que las partes interesadas pudieran defenderse en el marco de un procedimiento administrativo.

Como resalta BREWER-CARÍAS en sus *Comentarios Jurisprudenciales*²⁰, esta situación se planteaba también en vía contenciosa por ausencia de regulaciones en ese sentido, por lo que la referida Corte propuso una reforma de la legislación de manera que se garantizara a los interesados su derecho a la defensa en los procedimientos administrativos y contenciosos que pudieran afectar sus derechos. Al respecto, señala que:

[...] la necesidad de una reforma (de la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación) en el sentido de que los derechos que se han adquirido en buena ley, y que se hallan bajo el amparo de la Administración Pública, no pueden ser anulados por un procedimiento casi sumario, sin que las partes interesadas estén en posibilidad de asumir las defensas jurídicas.

A partir de 1968, en el marco de la Democracia y del Estado de derecho, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue determinante para proteger los derechos de los particulares ante la actuación punitiva de la Administración pública mientras no se dictara la ley de

²⁰ Cfr. Allan R. Brewer-Carías, "Evolución jurisprudencial del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo", *Revista de Derecho Público*, N° 7 (1981).

procedimientos administrativos y continuó siendo así a partir de que la misma entrara en vigencia.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia a través de sus sentencias consagró jurisprudencialmente el derecho a la defensa como un requisito para la validez de los actos administrativos cuando están dirigidos a imponer sanciones o limitaciones de los derechos de los particulares, así como la obligatoriedad de que los actos administrativos sean debidamente motivados no solo cuando las leyes lo exijan sino también cuando se trate de la aplicación de sanciones o restricciones a los derechos de las personas y justifica este deber de la Administración pública expresando que:

[...] el único modo como los administrados pueden conocer, ya sean los hechos que se les impute como posibles de sanción, ya sean las causas justificantes de la restricción o limitación de sus derechos; y cómo el órgano jurisdiccional puede establecer la corrección jurídica y la legalidad de tales medidas. Con mayor razón se hace entonces indispensable motivación en aquellos actos que, como el que es materia del presente recurso, tienen por finalidad la restricción o limitación suma de un derecho, como es su extinción²¹.

Sucesivamente, la Corte Suprema de Justicia mediante diversas sentencias emanadas de Sala Político-Administrativa, fue ratificando y consolidando el principio del derecho a la defensa y al debido proceso en sede administrativa sobre la base del artículo 68 de la Constitución de 1961, tales como: la obligación de la Administración pública de oír a los administrados antes de tomar cualquier decisión que perjudicara sus derechos; la exigencia de que debía levantarse un expediente administrativo que contuviera las causas o motivos del acto administrativo; el derecho a la notificación, es decir, la obligación de la administración de darle a conocer al particular el inicio del procedimiento administrativo a los fines de garantizarle la oportunidad de promover y evacuar las pruebas que estimara convenientes para su defensa²².

El desarrollo jurisprudencial fue tan desarrollado y avanzado en materia del derecho a la defensa del ciudadano que ya en 1981, justo cuando el proyecto de *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* estaba siendo discutido por el Congreso, la Corte Suprema de Justicia había fortalecido (sentencia del 02-02-1981) de una manera más amplia la inviolabilidad del principio constitucional del derecho a la defensa reafirmando con toda claridad que el derecho a ser oído debía acatarse y respetarse siempre, cualquiera fuera la naturaleza del proceso, es decir, tanto en sede judicial como en sede administrativa.

²¹ Cfr. Id., 198.

²² Cfr. Id., 197-203.

IV. Vigencia y aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Fueron muchas las tensiones y expectativas que se crearon alrededor de la entrada en vigencia de la *Ley de Procedimientos Administrativos* venezolana. Hay que recordar que hasta ese momento, 01-07-1981, se había mantenido una deuda muy difícil de justificar con la democracia, el Estado de derecho y los venezolanos, en relación a la exigencia constitucional de poner límites a la actuación administrativa.

Esa deuda que había tardado tanto en saldarse y había sido reclamada de forma insistente por juristas, profesores y políticos, fue satisfecha bajo el aplauso de muchos y las críticas de otros; estos últimos consideraban que en el dilatado proceso de elaboración del texto normativo se habían dejado por fuera instituciones esenciales o se les regulaba confusamente²³; no obstante, cada uno reconocía y subrayaba la trascendencia y significación histórica que para el Estado de derecho venezolano implicaba tal acontecimiento legislativo.

BREWER-CARIÁS, que había sido hasta ese momento protagonista directo y fundamental en el difícil recorrido de la elaboración del texto de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, también fue su impulsor y promotor a ultranza con el único objetivo de hacer llegar su contenido a través de publicaciones, foros, conferencias y clases dirigidas fundamentalmente a las administraciones públicas del país. Así, se inauguró un proceso de toma de conciencia por parte de los funcionarios públicos que debían comenzar a asumir la difícil y compleja labor de someterse a la norma previa.

Efectivamente, BREWER-CARIÁS señalaba para aquel momento la trascendencia que la aplicación de esa norma tendría en el establecimiento de los límites del actuar administrativo para buscar garantizar el respeto de los derechos de los particulares así como la incidencia en la eficiencia de la función administrativa; y expresaba que a partir de dicha ley se iría desarrollando una revolución jurídica administrativa en Venezuela, pues su aplicación exigiría un cambio absoluto de mentalidad por parte de la Administración pública que debía dejar de ser arbitraria y discrecional para convertirse en un poder sometido al principio de legalidad que habría de actuar en función de los intereses generales y del respeto de los derechos ciudadanos.

²³ Vid en este sentido, los "Comentarios" de RODRÍGUEZ GARCÍA a la ponencia de BREWER-CARIÁS "La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Contencioso administrativo", en *El Procedimiento...*, cit., 255 y ss.

En ese contexto, exponía que la pronta puesta en vigencia de la ley procedimental iría necesariamente acabando con el abuso por parte de la Administración:

Ya no puede ser la Administración prepotente que concede dádivas o favores al particular, quien por su parte, no tiene derechos, ni como reclamarlos y es aplastado a veces vejado por la Administración, sino que esto tendrá necesariamente, que cambiar, lo que plantea la necesidad de un cambio de actitud y mentalidad. Ya no es un particular indefenso el que la Administración va a tener enfrente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías²⁴.

En aras precisamente de divulgar el contenido de la ley que se comenta, la Editorial Jurídica Venezolana, publicó en 1981 el primer libro de la llamada *Colección Textos Legislativos*, titulado *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, compuesto por el texto de la propia ley y varios trabajos escritos por los profesores HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, GUSTAVO URDANETA y BREWER-CARÍAS que explicaban la justificación, contenido e instituciones de la norma.

Este primer título de la *Colección*, atrevo a decirlo, ha sido fundacional y fundamental para estudiosos y estudiantes del Derecho administrativo. En mi caso, no he dejado de leerlo desde mis primeros acercamientos como alumna y sigo recomendando su lectura y análisis a aquellos que hoy en día asisten a las aulas universitarias. Es una guía esencial que, a lo largo de los años, ha tenido que reimprimirse innumerables veces lo que ha permitido que sea complementada con otros artículos y otras leyes promulgadas posteriormente y vinculadas a la organización y funcionamiento de la Administración venezolana.

Volviendo a la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, no cabe duda de que a raíz de su entrada en vigencia se produjo un cambio copernicano en la manera de entender el ejercicio de la función administrativa de parte de sus ejecutores así como en la posición jurídica que, desde la garantía de sus derechos, comenzaron a tener los ciudadanos en sus relaciones con los órganos y entes administrativos.

Fue un proceso de concientización y aplicación de la norma que transformó en el tiempo el actuar de los funcionarios públicos a través del control que los tribunales contenciosos administrativos ejercieron sobre la constitucionalidad y legalidad de sus actuaciones.

Sería falso e ingenuo sostener que la Administración, a lo largo y ancho del país y desde la vigencia de la ley adjetiva, se acopló inmediata y enteramente a sus disposiciones legales y a sus principios; sin embargo,

²⁴ Brewer-Carías, *Comentarios...*, cit.

sí pienso que es posible afirmar que hoy día funcionarios públicos, abogados, jueces, ciudadanos y estudiosos del Derecho, son conscientes de la obligatoriedad que le es impuesta a la Administración de someter toda su actuación a la Constitución y a la ley. Hay en definitiva un claro entendimiento de las implicaciones del principio de legalidad administrativa, conciencia que parecía imposible imaginar hace casi treinta años.

Sin embargo, ello no significa que en la actualidad la Administración actúe apegada a derecho; efectivamente, a partir de 1999 se interrumpió tanto el proceso de educación democrática de la sociedad venezolana como el fortalecimiento de sus instituciones que, hasta ese momento, se venían desarrollando lentamente y que requerían, como todas las grandes obras, de mayor tiempo para su edificación.

En estos últimos veinte años, a raíz del desmantelamiento continuado y progresivo del Estado de derecho en Venezuela y de todas sus instituciones, el fenómeno que enfrentamos es el de una Administración pública que actúa fuera de la Constitución con total y desfachatado capricho, no obstante la existencia y vigencia de normas llamadas a controlar su funcionamiento y conducta.

Este fenómeno se debe en buena parte a la existencia de un sistema judicial, representado por el Tribunal Supremo de Justicia, que ha venido transformándose en el brazo que materializa la voluntad del Ejecutivo por lo que carece de toda objetividad, imparcialidad y autonomía, dejando de cumplir su verdadero fin que no es otro que el de controlar el poder para garantizar el respeto de los derechos ciudadanos o restituir su ejercicio, en caso de que sean conculcados por la Administración.

A pesar de lo anterior, se sigue enseñando en las universidades cuál es el deber ser del actuar administrativo aun cuando haya pleno conocimiento de que nos encontramos en una etapa oscura en la que el poder devora a sus propios ciudadanos transformándolos en esclavos y súbditos de su arbitrariedad.

Precisamente para realizar esa labor, se considera esencial volver al origen de las instituciones democráticas, darle el valor y el peso específico que tienen; investigar y comprender cuál ha sido el desarrollo y la naturaleza de las mismas, así como el proceso que han tenido que transitar para su surgimiento.

La LOPA que tuvo tantos obstáculos para su aprobación y luego sanción, es de las poquísimas leyes fundacionales del Estado de derecho venezolano que han permanecido intactas en estos veinte años, es decir, que no ha sido derogada ni modificada por el sistema actual que ha tenido como norte transformar, de manera inconstitucional a través de

leyes y decreto leyes, el ordenamiento jurídico venezolano y el modelo de Estado previsto en nuestra Carta Magna.

La larga vigencia de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* no puede sino ser celebrada y defendida. Ya tiene cuarenta años desde que fuera aprobada por el otrora Congreso y aún permanece intacta, al menos formalmente, como una de las columnas vertebrales del Estado de derecho venezolano. Constituye, en definitiva, una bandera de la democracia de nuestro país aun cuando esa misma democracia y sus actores políticos tardaran tanto en someterse a ella y aun cuando esté siendo vilipendiada por quienes han dirigido la nación en estas últimas dos décadas.

Ahora bien, una vez que se restablezca el Estado de derecho y la institucionalización en nuestro país, partiendo de la premisa de que la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* ha sido y es un hito esencial dentro del Derecho Administrativo en Venezuela, será necesario abordar rigurosamente las discusiones y los planteamientos que se han generado en estos años por los especialistas en la materia, en torno a las eventuales transformaciones a las que debería ser objeto dicha norma para su debida actualización y armonización con los principios generales del Derecho Público y la Constitución vigente. ■

Principios del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Manuel ROJAS PÉREZ*

REDAV, N° 23, 2021, pp. 25-41

Resumen: Los procedimientos administrativos en Venezuela están regulados, de manera general, por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. El autor analiza estos principios de cara a la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos venezolanos.

Palabras clave: Actividad administrativa – Principio de legalidad – Procedimiento administrativo.

Abstract: *Administrative procedures in Venezuela are regulated, in general, by the Organic Law of Administrative Procedures. The author analyzes these principles in view of the sentences of the Venezuelan courts.*

Keywords: *Administrative activity – Principle of legality – Administrative procedure.*

Recibido

18-05-2022

Aceptado

10-06-2022

I. Breve introducción al procedimiento administrativo

La actividad administrativa tiene siempre que canalizarse a través de unos cauces determinados como requisito mínimo para que pueda ser reputada como legítima. Es decir, la Administración Pública está en la obligación de seguir unos lineamientos mínimos de cara a ejercer la función administrativa.

Ese cauce que debe transitar la Administración Pública para dictar un acto administrativo que surta efectos individuales o generales a los ciudadanos se llama procedimiento administrativo.

El maestro GIANNINI definió al procedimiento administrativo como la “*serie de actos de autoridad administrativa coligados entre sí y tendientes a una única finalidad*”¹.

* Abogado de la UCV; especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad; profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV); Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

¹ Máximo Severo Giannini. *Corso di Diritto Administrativo*. II. Dott. A. Giuffrè, editore. Milano, 1965, p. 239.

Siguiendo la línea de pensamiento del maestro italiano, puede definirse al procedimiento administrativo como la serie de actos administrativos de trámite que obligatoriamente anteceden al acto administrativo definitivo que surte efectos en los ciudadanos a los fines de comprobar los hechos por los cuales se activó la actividad administrativa y respetar el derecho a la participación y a la defensa de los interesados en el asunto.

Es el procedimiento administrativo ese grupo de actuaciones administrativas previas a la obtención de un acto administrativo definitivo; por ejemplo, para adquirir la autorización sanitaria para expendio de alimentos, la Administración inicia una serie de actuaciones previas como la comprobación de lo solicitado por el interesado; el estudio de lo que pretende comercializar; si alguna persona se opone a la emisión de la autorización; para lo que la Administración Pública solicita al interesado una serie de documentos probatorios de su situación, de cara a la autorización solicitada. Igualmente, si se quiere obtener un contrato público, es menester iniciar un procedimiento administrativo para demostrar que se es el contratista más conveniente para el interés general. El funcionario público que solicita que se le reconozca su derecho a la jubilación, inicia un procedimiento administrativo mediante el cual se comprobará si en efecto cumple con los supuestos de la ley para ser jubilado.

En fin, el procedimiento administrativo consta de todos esos trámites previos que los ciudadanos deben realizar para obtener una actuación definitiva por parte de la Administración Pública.

El procedimiento administrativo es una de las conquistas más importantes del Estado de Derecho. El principio inicial consistía en la no exigencia del procedimiento administrativo previo para dictar actos administrativos que afectaran derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos. Las primeras etapas del Derecho Administrativo se caracterizaban entonces por el hecho que la Administración Pública no tenía un proceso de formación, revisión o ejecución de la voluntad administrativa en sentido procedimental².

Es en Austria donde surgió la idea de un procedimiento interno de la Administración Pública tendiente a formalizar su voluntad, según reseña MOLES CAUBET³, y teniendo en la doctrina italiana su mayor fuente de análisis, fundamentalmente de la mano de GIANNINI, con quien el procedimiento administrativo adquiere una importancia y significación tal

² José Araujo Juárez. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas, 2001, p. 25.

³ Antonio Moles Caubet. Prólogo al libro de Araujo Juárez. *Tratado...*, cit., p. 9.

que actualmente se considera como un elemento esencial a la actividad administrativa.

Hoy día es claro que todo acto administrativo definitivo, salvo muy contadas excepciones, requiere necesariamente de un procedimiento administrativo previo, es decir, de una serie de actos administrativos concatenados entre sí que se dirigen al examen de los presupuestos, preparación y emisión del acto administrativo definitivo.

En fin, los procedimientos administrativos comprenden la cadena de actos administrativos de trámite que han de ser dictados por los órganos administrativos, y que conducen a la emisión de actos administrativos definitivos, y a las formalidades complementarias de esos actos como lo es su notificación. Igualmente, las decisiones dictadas por las autoridades administrativas, de oficio o a instancia de parte, mediante la cual se convalida un acto anulable, se reconoce la nulidad absoluta de un acto administrativo o se corrige, revoca, modifica o confirma un acto administrativo anterior.

De manera tal, el procedimiento administrativo comprende una serie de principios rectores, de bases fundacionales que los caracterizan, y como los que sin ellos, el procedimiento administrativo no sería procedimiento administrativo. Principios que, hay que notar, se deben derivar de la letra del artículo 141 constitucional:

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Principio cardinal de la actividad administrativa, la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos. No implica que podrá estar, sino que *está*, siempre, a la orden de todos, por lo que los procedimientos administrativos deben ser dictados en función de los supuestos que ordena el artículo 141 de la Constitución.

En este humilde estudio, analizaremos los principios de los procedimientos administrativos que se establecen, de manera directa o indirecta, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que cumple cuarenta años de vigencia y, a nuestro modo de ver, ha sido una normativa muy importante en Venezuela.

Siendo que esa norma establece que la Administración Pública, y por ende sus procedimientos administrativos, se deben someter plenamente a la ley y al derecho, el principio de la legalidad debe ser el primero de los principios del procedimiento administrativo a estudiar.

II. Principio de la legalidad

El principio de la legalidad es el primero, y el más importante, de los principios rectores, no solo del procedimiento administrativo, sino de toda la actividad administrativa.

El postulado del principio de la legalidad radica en el absoluto sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico, y del mismo se genera una doble obligación: (i) la necesidad de obrar tal como lo exige el ordenamiento jurídico, y; (ii) la prohibición expresa de actuar en contra del ordenamiento jurídico.

Se tiene que los procedimientos administrativos deben ser iniciados y sustanciados por la Administración Pública tal cual lo describe la norma procedimental. No puede la Administración realizar procedimientos administrativos no establecidos en la ley. Así, la legalidad de la actividad administrativa implica que toda conducta de la Administración se realice conforme a las normas positivas.

El principio de la legalidad implica que la Administración Pública solo puede hacer lo que expresamente le permite la ley. Suerte de límite funcional a la actividad administrativa, ya que la enmarca dentro de lo estrictamente consagrado como potestad a la Administración Pública.

Así, el procedimiento administrativo debe someterse de manera efectiva a lo estrictamente señalado en la ley: no podrá la Administración Pública solicitar más recaudos que los establecidos en la ley o generar cargas que la norma no consagre.

De otra parte, el principio de la legalidad implica un tercer elemento fundamental: todo procedimiento administrativo debe ser establecido en normas de rango legal, todo ello por ser estos de reserva legal.

La Constitución consagra en su artículo 156 las distintas competencias del Poder Público Nacional, entre las que se señala en su numeral 32, la legislación en materia de procedimientos. En específico, el artículo dispone:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

[...]

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros;

la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional. (Subrayado agregado).

Asimismo, el numeral 6 del artículo 49 constitucional, establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. En efecto, dicho artículo reza:

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

[...]

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

Por su parte, el artículo 187 de la Carta Magna señala que corresponde a la Asamblea Nacional el legislar en las materias de la competencia nacional, es decir, dictar leyes en las materias que son competencia del Poder Público, y en cualquier otro caso que la Constitución ordene. Esto atiende al principio constitucional de la reserva legal, lo cual implica que solo la Asamblea Nacional podrá dictar normas sobre las materias a que atiende el Poder Público Nacional.

En efecto, existe un grupo de materias que deben ser siempre reguladas por leyes, por lo que las normas sublegales no podrían regular esas materias.

La reserva legal implica entonces una competencia exclusiva por parte de la Asamblea Nacional para dictar leyes en las materias que son competencia del Poder Público Nacional. Como refiere PEÑA SOLÍS, la Asamblea Nacional tiene un monopolio legislativo⁴ en ciertas materias, entre ellas, toda la legislación en materia de procedimientos judiciales y administrativos.

Por ello, procedimientos establecidos en reglamentos, como por ejemplo sucede con el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente, que consagra el procedimiento disciplinario de los funcionarios docentes, son abiertamente inconstitucionales.

III. Principio de eficacia

La eficacia como principio, consagrado en el artículo 141 constitucional y en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, implica que el procedimiento administrativo debe lograr su

⁴ José Peña Solís. *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. TSJ. Caracas, 2001, p. 235.

finalidad, con el máximo ahorro de tiempo y con el máximo rendimiento⁵, implicando la preponderancia sobre los formalismos cuya realización no incida en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados⁶. Es decir, el procedimiento administrativo debe alcanzar el objetivo para el cual fue activado.

Por ejemplo, si se inició un procedimiento administrativo disciplinario según la Ley del Estatuto de la Función Pública, el principio de eficacia obliga a la Administración Pública a continuar el procedimiento administrativo hasta lo último, todo ello con la finalidad de determinar si el funcionario público implicado efectivamente se encuentra incurso o no en la causal de sanción disciplinaria, que es el objetivo ulterior del procedimiento disciplinario.

Tal principio se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Administración Pública:

Artículo 19. La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por el Presidente o Presidenta de la República, por el gobernador o gobernadora, el alcalde o alcaldesa según el caso.

La actividad de las unidades administrativas sustantivas de los órganos y entes de la Administración Pública se corresponderá y ceñirá a su misión, y la actividad desarrollada por las unidades administrativas de apoyo técnico y logístico se adaptará a la de aquellas.

Vale decir entonces que cada vez que la Administración Pública ordene la iniciación de un procedimiento administrativo, el mismo deberá lograr el cometido por el cual se inició. Para ello, la Administración Pública debe pasar por encima de cualquier traba que la burocracia coloque.

En efecto, el cumplimiento de la finalidad del procedimiento administrativo debe prevalecer sobre aquellos formalismos intrascendentes que no determinen la invalidez de la decisión final, ni afecten las garantías establecidas a favor de los administrados⁷.

Así, para cumplir este cometido, la Administración Pública debe utilizar instrumentos tales como el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de

⁵ Salvador Leal Wilhelm. *Teoría del Procedimiento Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2001, p. 21.

⁶ Allan R. Brewer-Carías. *Principios de Procedimiento Administrativo en América Latina*. Editorial Legis. Santa Fe de Bogotá, 2003, p. 43.

⁷ Federico Campolieti. "Los principios del procedimiento administrativo en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos", en *Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 957.

Contrataciones Públicas, que establecen los mecanismos para hacer los procedimientos administrativos más ágiles y eficaces.

De este principio de eficacia se derivan otras notas esenciales al procedimiento administrativo: la celeridad, la economía procesal y la sencillez. Como señaló ESCOLA, los procedimientos administrativos *“deben ser simples, sencillos y directos, deben alcanzar su objeto sin necesidad de recurrir a recaudos excesivos, sin complicaciones innecesarias y sin las inútiles dilaciones que ellas acarrear”*⁸.

Así, la eficacia de los procedimientos administrativos se resume en que estos deben ser resueltos con rapidez, sin trabas, siempre buscando cumplir la finalidad esencial del procedimiento iniciado, imprimiéndole la máxima dinámica que sea posible, claro está, respetando todos los derechos de los ciudadanos, para que el acto administrativo definitivo sea dictado en un tiempo razonable, que nunca podría pasar del lapso de cuatro meses que consagra el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Dentro del mismo principio de eficacia, podría advertirse que la utilización de la prórroga a que hace referencia el mismo artículo es de carácter restrictivo, siempre que exista una justificación realmente razonable para ampliar ese lapso procedimental⁹.

En este mismo orden de ideas, la eficacia implica que la Administración Pública debe hacer uso racional de los tiempos para asumir sus funciones públicas. Así, el Código de Conducta de los Servidores Públicos de 1998¹⁰ establece en su artículo 11 que la eficacia comporta la realización de los programas y actuaciones de políticas públicas al menor costo, en el menor tiempo posible y con logro óptimo de los objetivos planteados¹¹. De modo tal, la eficacia va de la mano con la celeridad, exigencia que se le hace a la Administración Pública en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Lo que sí hay que dejar muy claro es que la eficacia no puede ser excusa para la violación de derechos y garantías de los ciudadanos. Así, la eficacia no puede suponer la ruptura de la obligación de notificar del inicio del procedimiento administrativo o de la formulación de cargos o

⁸ Héctor Jorge Escola. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*. Depalma editores. Buenos Aires, 1981, p. 130.

⁹ De acuerdo con nuestra posición, Campolieti señala que *“resultan censurables la prolongación injustificada de las actuaciones, la exigencia del cumplimiento de requisitos o formalidades innecesarias a los fines del dictado de una resolución final, los traslados o remisiones del expediente sin sentido, el incumplimiento de los plazos procedimentales, la paralización de los trámites, etc.”*. Cit., p. 957.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 36.496 del 15-07-1998.

¹¹ Véase Manuel Rojas Pérez. *La Ética en la Administración Pública y el Código de Conducta de los Servidores Públicos*. FUNEDA. Caracas, 2006, p. 72.

del acto administrativo definitivo. Tampoco se puede obviar la suficiente motivación de los actos administrativos¹² basados en la supuesta eficacia de la Administración Pública.

IV. Principio del debido procedimiento

Establece el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Así, se constituye la obligación constitucional en cabeza de la Administración Pública de garantizar la situación jurídica de los ciudadanos en el marco de los procedimientos administrativos, conforme a las reglas del debido proceso, entendiendo que esta figura significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos¹³.

Para determinar si en un procedimiento administrativo se ha cumplido con el debido procedimiento, ha determinado la Sala Política Administrativa que debe constatare al efectuar el análisis del derecho al debido proceso, si todos los actos previos a la imposición de una sanción, por parte de la Administración, en uso de su potestad sancionatoria y disciplinaria, es decir, con anterioridad a que ésta emitiera la resolución respectiva, permitieron la oportuna y adecuada defensa del funcionario sancionado, así como la libre presentación de las pruebas establecidas en la ley¹⁴.

Tal y como ha notado el profesor CANÓNICO SARABIA de la Universidad de Margarita, del artículo 49 constitucional dimanar elementos que deben estar presentes en todos los procedimientos administrativos¹⁵.

En primer lugar, el numeral 1 del artículo 49 constitucional establece el *derecho a la defensa*.

El derecho a la defensa se concentra en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo. Así, se impone la llamada audiencia del

¹² Sobre la suficiente motivación, véase sentencia N° 12 del 31-01-2008 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

¹³ Sentencia N° 2714 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 20-11-2001. Magistrado ponente Levis Ignacio Zerpa.

¹⁴ Sentencia N° 242 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 13-02-2002. Magistrado ponente Hadel Mostafá Paolini.

¹⁵ Alejandro Canónico Sarabia. "El Debido Procedimiento Administrativo", en *Revista de Derecho*, N° 20. TSJ. Caracas, 2006, p. 49.

interesado en todos los procedimientos administrativos. Se establece el derecho de todos los interesados directos e indirectos en el procedimiento administrativo de conocer las razones jurídicas del inicio de este, y los hechos en los que los puede afectar o no. A los efectos que pueda ejercer su defensa en beneficio de sus derechos e intereses¹⁶. Así, al ciudadano hay que llamarlo *siempre* a participar en el procedimiento administrativo.

El derecho a la defensa en sede administrativa, como corolario del principio del debido procedimiento derivado de la aplicación del artículo 49 constitucional al procedimiento administrativo, trae como consecuencia la necesaria obligación en cabeza de la Administración Pública de notificar a los interesados de los cargos o de la causa por el cual se instruye determinado procedimiento.

El ciudadano, como se dijo, tiene derecho a ser oído, es decir, presentar sus alegatos y razones, y que estos sean sometidos a consideración de la autoridad decisoria, tal y como se establece en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De otra parte, el derecho al debido procedimiento implica la posibilidad no solo de exponer los argumentos de defensa, sino también de probar los mismos con todos los medios de probatorios permitidos por la ley. Así lo establece el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: "*Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes*".

¹⁶ Puede verse, incluso, que la jurisprudencia europea ha establecido la obligación de llamar a audiencia al ciudadano al procedimiento administrativo incluso en ausencia de normativa específica. Por ejemplo sentencias Bélgica v. Comisión de 10-07-1986, Francia c. Comisión de 11-11-1987, y Bélgica contra Comisión de 20-03-1990: "*hay que subrayar a este propósito que, según ha destacado ya este Tribunal de Justicia en una jurisprudencia reiterada y sobre todo en sus Sentencias de 10 de julio de 1986 y 11 de noviembre de 1987, el respeto del derecho de defensa en cualquier proceso instruido contra una persona y que puede derivar en una resolución que le cause perjuicio, constituye un principio fundamental del derecho comunitario y debe asegurarse incluso a falta de una normativa específica*". Esta regla general conoce aplicaciones específicas en sectores en los que las circunstancias de una decisión desfavorable a los interesados pueden producirse de forma más marcada. Por ejemplo, en el ámbito del derecho sancionador (Sentencia Hoechst AG de 21-09-1989), en materia de funcionarios (Sentencia Marcato de 05-12-1990) o en decisiones sobre libre competencia (Sentencia Ancides de 09-07-1987). Santiago Muñoz Machado. "Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo Comunitario y la Reforma de la Legislación Básica Española", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 75. Editorial Civitas. Edición en CD-Rom.

En otro orden de ideas, el numeral 6 garantiza al ciudadano la imposibilidad de ser sancionado por actos u omisiones no establecidos como faltas o infracciones en leyes preexistentes. No puede la Administración Pública sancionar a ciudadanos si las sanciones no se encuentran establecidas en normas de rango legal.

Por último, el numeral 7 del artículo 49 constitucional prohíbe a la Administración Pública que instruya o sustancie a un mismo particular dos o más procedimientos administrativos por los mismos hechos y en los mismos términos.

v. Principio de oficialidad

La Administración Pública no tiene que esperar que los ciudadanos soliciten su intervención para actuar en beneficio del interés general. Ella misma puede actuar *de oficio* a los fines que las leyes establezcan.

En efecto, la Administración Pública no puede esperar a que los ciudadanos se acerquen a ella, para ejecutar la actividad administrativa que conlleve a la defensa de interés general. El Estado Social de Derecho implica que la Administración Pública debe resguardar en todo momento los intereses públicos, actuando unilateralmente cuando sea necesario.

El principio de oficialidad, entre otras cosas, implica la posibilidad que el procedimiento administrativo se inicie, además de la instancia de parte, de oficio por la Administración.

Así, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra en su artículo 48 que el procedimiento se iniciará a instancia de parte interesada, mediante solicitud escrita, o de oficio. En este caso, que la Administración Pública decida iniciar un procedimiento administrativo *motu proprio*, según el artículo señalado, al ordenar la apertura del procedimiento, deberá notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Pero es que el principio de oficialidad no solo consagra la potestad de la Administración Pública de iniciar procedimientos administrativos sin que se lo soliciten los particulares. También acarrea este principio el *carácter inquisitivo* de la Administración Pública.

Establece el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que la Administración Pública, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

Como señala BREWER-CARÍAS, el procedimiento administrativo es ante todo un asunto de la Administración, por lo que lo lógico es que ella sea la que impulse e instruya los procedimientos¹⁷. La conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo deben ser iniciativa de la Administración, y no requieren, especialmente en los procedimientos iniciados de oficio, el impulso procesal de los ciudadanos, sin perjuicio que estos puedan participar.

Es de hacer notar que de esta arista del principio de oficialidad se desprende otro elemento básico de los procedimientos administrativos: la carga de la prueba la tiene la Administración Pública, en especial en los procedimientos administrativos sancionatorios.

En los procedimientos administrativos iniciados de oficio, es la Administración quien tiene la carga de la prueba, relevando de toda obligación al interesado de probar mayor elemento que lo favorezca, ya que es justamente la Administración Pública la que está afirmando que los hechos sucedieron tal y como ellos lo afirmaron en un primer momento. Si la Administración Pública es quien imputa, debe ser ella misma quien prueba lo imputado.

De hecho, dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba, pues si es una parte interesada pero que goza de las prerrogativas propias del régimen administrativo, debe utilizar tales prerrogativas no sólo en orden a la decisión, sino también en orden a la instrucción del procedimiento.

Y de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Simplificaciones de Trámites Administrativos, mientras no se demuestre lo contrario, se presume cierta la información declarada o proporcionada por el ciudadano en su solicitud o reclamación. Así, se presume la veracidad de lo dicho por el solicitante, por lo que si la Administración Pública no presenta pruebas fehacientes, debe decidir a favor del ciudadano, pues esa presunción es la regla de distribución de la carga de la prueba.

En el caso de los procedimientos disciplinarios, por ejemplo, la carga de la prueba recae sobre la Administración, la cual deberá absolver al funcionario imputado si no logra probar fehacientemente sus dichos, por el principio constitucional a la presunción de inocencia. Por lo que, en equilibrio de pruebas o a falta de promoción y evacuación de ellas por parte de la Administración vencerá el administrado.

Sin embargo, en Venezuela es común ver actos administrativos que sancionan a ciudadanos por supuestamente no haber podido desvirtuar los hechos imputados por la Administración Pública. Tal conducta es absolutamente contraria al principio de oficialidad, ya que la

¹⁷ Brewer-Carías. *Principios de...*, cit., p. 125.

Administración es quien debe probar que los hechos imputados efectivamente se produjeron.

En un procedimiento administrativo disciplinario, por ejemplo, es la Administración Pública quien debe demostrar fehacientemente que la conducta del funcionario público encuadra dentro de los supuestos de causales de sanción consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública. No puede ser destituido un funcionario público bajo la premisa que este no desvirtuó los hechos atribuidos por la Administración. Ya que al ciudadano –funcionario público en nuestro ejemplo– no le toca desvirtuar lo imputado por la Administración. No es carga del ciudadano la de desvirtuar los hechos por los que se inició el procedimiento de oficio. Es la Administración Pública quien tiene la carga de la prueba, y nunca el ciudadano.

VI. Principio del control interno

El procedimiento administrativo se divide en dos fases: una primera fase, que sirve para que la Administración Pública sustancie todos los elementos de hecho y de derecho para lograr un *primer* acto administrativo que será favorable o desfavorable al ciudadano. A esta primera fase se le denomina procedimiento administrativo en primer grado o de cognición.

La segunda fase es la que permite al ciudadano defenderse de ese acto administrativo emanado del procedimiento administrativo en primer grado, cuando el mismo le es desfavorable. A esta fase se le llama procedimiento administrativo en segundo grado o recursivo.

El procedimiento administrativo en segundo grado consta de *recursos administrativos*, que son los medios procedimentales que la ley otorga a los ciudadanos para recurrir de los actos administrativos de primer grado que de alguna manera afectan desfavorablemente los derechos e intereses de los ciudadanos.

Los actos administrativos una vez emanados del procedimiento administrativo de primer grado, al ser eficaces, pueden ser ejecutados, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Sin embargo, esta potestad administrativa de ejecutar sus actos de inmediato no significa que los derechos de los particulares cesen frente a la Administración Pública, y que no puedan ejercer ningún tipo de defensa contra los actos administrativos que estimen ilegales¹⁸.

¹⁸ Allan R. Brewer-Carías. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992, p. 325.

Por el contrario, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos otorga a los ciudadanos diversos medios jurídicos de impugnación de los actos administrativos bien ante la propia Administración Pública o bien ante los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo.

Así, ante la propia Administración Pública, el ciudadano puede atacar los actos administrativos que considere que de alguna manera lesiona sus derechos e intereses jurídicos. Los medios para ello son los recursos administrativos.

Señala la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 85 que los interesados podrán interponer los recursos administrativos contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra entonces tres tipos de recursos administrativos: el recurso de reconsideración, el jerárquico y el extraordinario de revisión, en los artículos 94, 95 y 97 de la ley.

Tales recursos tienen sus lapsos para ser contestados por parte de la Administración Pública, y de no ser contestado en dichos tiempos, el ciudadano interesado podrá considerar esa omisión como una negativa, y acudir a la fase judicial, esto es, al contencioso administrativo. Esta figura se denomina silencio administrativo, y está establecida en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

En los casos en que un órgano de la administración pública no resuelve un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

Por último, históricamente el ciudadano luego de obtener un acto administrativo en primer grado debía necesariamente acudir al procedimiento administrativo en segundo grado, y luego de agotado este, es que podía ejercer el respectivo recurso contencioso administrativo de nulidad, siendo una causal de inadmisibilidad el no realizar tal gestión. Así, había que agotar obligatoriamente la vía administrativa, cosa que hoy día, de cara a la Ley Orgánica de la Administración Pública, y de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha cambiado. En la actualidad el

agotamiento de la vía administrativa es absoluta e innegablemente opor-
tativo, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración
Pública¹⁹.

Así, el ciudadano tiene como derecho la oportunidad de acudir a la
propia Administración Pública mediante el procedimiento administra-
tivo en segundo grado –los recursos administrativos– cuando considere
que un acto administrativo lesiona sus derechos e intereses, siendo un
derecho y no un trámite obligatorio.

Además de ello, también como principio, la propia Administración
Pública puede volver sobre sus propios actos administrativos, cuando
considere que estos son ilegales. El artículo 83 de la Ley Orgánica de Pro-
cedimientos Administrativos destaca que la Administración podrá en
cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la
nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

Si bien es cierto que los actos administrativos declarativos de dere-
chos a favor de los particulares, una vez que adquieren firmeza por ha-
berse vencido los lapsos para su impugnación, se tornan irrevocables
aún en el caso de que adolezcan de algún vicio que los haga anulables,
en función de la cosa juzgada administrativa, como lo han reconocido la
doctrina y la jurisprudencia, no es menos cierto que la única posibilidad
mediante la cual se le ha permitido a la Administración la revisión de un
acto que ha adquirido firmeza es a través de la utilización de la potestad
revocatoria de la cual gozan los entes públicos, la cual se encuentra ex-
presamente regulada en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedi-
mientos Administrativos.

De acuerdo con lo antes expresado, se explica la rigurosa delimita-
ción del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrati-
vos, cuando taxativamente indica los vicios que afectan de nulidad ab-
soluta el acto administrativo.

Aparece así la potestad que a la Administración Pública reconoce el
artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin
límite, sin restricción, en virtud de la gravedad del vicio que afecta al acto
de que se trate, al cual por lo demás priva de cualidades para producir
modificaciones en la esfera jurídica del administrado, negándole o

¹⁹ Sentencia N° 130 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20-02-2008. Caso Inversiones Martinique. Magistrado ponente Marco Tulio Dugarte Padrón. Véase sobre el carácter opcional de la vía administrativa Manuel Rojas Pérez. “El agotamiento opcional de la vía administrativa en el derecho positivo venezolano actual”, en *Revista de Derecho*, N° 20. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006, pp. 323-345. Igualmente Cosimina Pelegrino Pascera. “La Regulación General de los Recursos Administrativos en el Sistema Venezolano” en *Derecho Administrativo Iberoamericano...*, cit., p. 971.

reconociéndole, o haciendo surgir para este derechos o intereses legítimos, personales y directos.

Supera esta ilimitada potestad administrativa, que ópera también como garantía del administrado puesto que le permite solicitar en cualquier momento la eliminación del mundo jurídico de un acto que ostente uno de los vicios que reseñan los cuatro numerales del artículo 19 de la Ley que se comenta, a la ordinaria potestad de revisión de la Administración que surge solamente por el ejercicio del particular interesado en los recursos que la Ley le reconoce para solicitar se revoque o modifique una decisión administrativa que lesiona sus derechos e intereses²⁰.

Asimismo, el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece la *potestad revocatoria* de la Administración Pública:

Los 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.

Puede también la Administración corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos, porque el artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se lo permite.

El artículo en cuestión no establece un régimen jurídico suficientemente completo, pues simplemente habilita a la Administración Pública para volver sobre sus propios actos y corregir los errores de hecho que encuentre. No prevé procedimiento ni plazo alguno de ejercicio; así, la ausencia de trámites facilita enormemente la rectificación de errores materiales o de hecho. A causa de ello (en la medida en que permite

²⁰ Ahora bien conforme a los señalamientos anteriores la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14-08-1991, caso Armando F. Melo, señaló: "*aún cuando hubieren precluido los diferentes recursos, por otra vía, por ejemplo, la solicitud declaratoria de la nulidad absoluta, en cualquier momento, los particulares pueden lograr su anulación, en vía administrativa (artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), y de serles negada tal anulación puede aún ejercer jurisdiccionalmente el correspondiente recurso de anulación, no contra el acto primitivo, pero sí otra negativa de la Administración de declarar nulidad de un acto nulo absolutamente. El fallo citado con antelación resuelve la controversia suscitada por la representación de la República acerca de la existencia de la 'cosa juzgada' en el presente caso, puesto que el recurso jurisdiccional que ejercen los apoderados del funcionario ante esta Sala no versa propiamente sobre el acto de destitución original, sino sobre la negativa de la Administración de pronunciarse sobre la petición de interesado de que se revisara el acto viciado de nulidad absoluta, contenida en este caso, en el oficio No. SG.908 de 17 de octubre de 1990 (folio 152), y que ratifica el oficio 853 del 8-12-89, de la Consultoría Jurídica, que el Director de Secretaría envía al funcionario*".

modificar la exteriorización de una resolución administrativa en cualquier momento y sin necesidad de procedimiento administrativo ordinario), la posibilidad de que mediante el procedimiento de rectificación de errores se proceda a una auténtica revocación o revisión de oficio de los actos administrativos está siempre abierta y la realidad muestra que es un hecho no infrecuente.

Por todo ello, y ante la falta de previsión legal de garantías procedimentales en el ejercicio de esta potestad correctora, la interpretación de ésta debe ser siempre restrictiva²¹.

VII. Principio de publicidad

Es un imperativo evitar que la Administración Pública actúe en secreto²². Así, el principio de publicidad de los procedimientos administrativos garantiza la transparencia de la actividad administrativa, de modo de posibilitar su pleno conocimiento por parte de los ciudadanos, especialmente de los interesados y posibles afectados del acto administrativo definitivo.

La regla general es que las leyes de procedimiento administrativo establezcan que la actividad procedimental administrativa es pública, salvo que una norma expresa disponga lo contrario. Tal situación se establece en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

Artículo 59. Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado.

De esta norma se deriva lo siguiente: el procedimiento administrativo es público, y solo *excepcionalmente*, mediante acto motivado se podrá negar el acceso a un expediente administrativo. Siempre, se insiste, que las condiciones fácticas de verdad exijan la necesidad de limitar el acceso al expediente del público.

²¹ Iñigo Sanz Rubiales. "La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 90. Editorial Civitas. Edición en CD-Rom.

²² Campolieti, cit., p. 950.

VIII. Principio de informalidad

El principio de informalidad, o del informalismo como también se le ha llamado²³, funciona excusando al administrado de la observancia de las exigencias formales no esenciales del procedimiento, que puedan ser cumplidas o subsanadas posteriormente. Incluso, la Administración Pública podría sanearlas en la medida que no se afecten derechos de terceros o el interés general.

La informalidad rige siempre a favor del ciudadano, quien puede invocar la flexibilidad de las normas procedimentales en su beneficio, más no aplica para la Administración Pública quien sí está en la obligación de actuar estrictamente ceñido a las formalidades que la Ley establece. En otras palabras, existe el principio de formalidad de la actividad de la Administración Pública y el de informalidad a favor del ciudadano²⁴.

En efecto, la Administración sí debe cumplir de manera escrupulosa todo lo previsto en la Ley, ya que al seguir esta un modelo de conducta preestablecido, el ciudadano puede prever cual será la próxima actuación de la Administración Pública, dándole oportunidad de preparar su defensa.

Así, el principio de informalidad a favor del ciudadano implica que en caso de duda respecto del cumplimiento de determinadas formalidades por parte del ciudadano, la Administración debe resolver de la manera más favorable al ciudadano. Por ejemplo, si a un ciudadano le corresponde ejercer el recurso jerárquico, pero intenta el de reconsideración, la Administración no podría determinar la inadmisibilidad de esa pretensión por el error en la calificación del recurso, sino que procederá a enviar el recurso al cargo competente.

Asimismo, por el principio de informalidad a favor del ciudadano, los lapsos procedimentales no son preclusivos, es decir, si se pasa el lapso de contestación, el ciudadano igual podría introducir el recurso a des-tiempo, y la Administración estaría obligada a valorar sus alegatos.

Principio de informalidad que incluso opera en materia de documentos poderes, toda vez que a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no es necesario que los ciudadanos para poder otorgar representación en otra persona lo hagan mediante poder autenticado, ya que *“podrá ser otorgada por simple designación en la petición o recurso ante la administración o acreditándola a por documento registrado o autenticado”*. ■

²³ Id., p. 954.

²⁴ Leal Wilhlem, cit., p. 40.

Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos^Δ

Manuel RACHADELL*

REDAV, N° 23, 2021, pp. 43-66

Resumen: El artículo reseña los principales derechos y garantías que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra en favor de los particulares, así como las obligaciones que de ellos derivan para la Administración Pública.

Palabras clave: Debido proceso – Derecho a la defensa – Procedimiento administrativo.

Abstract: *The article reviews the main rights and guarantees that the Organic Law of Administrative Procedures enshrines in favor of individuals, as well as the obligations that derive from them for the Public Administration.*

Keywords: *Due process – Right to defense – Administrative procedure.*

Recibido

16-06-2022

Aceptado

04-07-2022

Introducción

Frente a las potestades de la Administración existe el deber general de sumisión de los administrados, como consecuencia de la supremacía de los intereses generales representados por la Administración ante los intereses particulares de los administrados.

En el Estado de Derecho, esa relación se produce conforme al derecho. La Administración está sometida en su actuación al principio de la legalidad y, en consecuencia, solo puede actuar en los campos en que una norma jurídica atributiva de competencia se lo permite o se lo indica. Los administrados, en cambio, disfrutan del principio de la libertad, de forma tal que su actuación sólo puede ser condicionada por una norma preexistente. Así como los administrados tienen deberes frente a la Administración y así como la Administración tiene potestades frente a los administrados, así también los administrados tienen derechos y

^Δ Publicado originalmente en el *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración* (Vol. IV, 1980-1981) del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983. El artículo se originó de un seminario organizado por el Instituto de Derecho Público antes de la vigencia de la ley. El autor ha incorporado pie de páginas en aquellos casos donde consideró prudente actualizar las referencias normativas.

* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular (j) de la Universidad Central de Venezuela.

garantías frente a la Administración. Entendemos por garantías, los mecanismos procesales para hacer que esos derechos tengan efectiva vigencia. Entre los objetivos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (en adelante LOPA) está el de salvaguardar esos derechos de los administrados estableciendo las debidas garantías, además de procurar la eficiencia del proceso administrativo. Esta Ley se ha dictado fundamentalmente con la idea de proteger a los administrados y, es lógico que sea así también, pues ante una Administración tradicionalmente arbitraria, esta Ley se ha inclinado en forma determinante hacia la garantía de los derechos de los administrados.

De la revisión de esta Ley encontramos muchísimas normas, muchísimos principios, muchísimas disposiciones tendentes a proteger y a garantizar los derechos de los administrados frente a la Administración. He tratado de agrupar esos derechos según el grado de homogeneidad que presentan entre sí, de donde ha resultado: en primer lugar, los mecanismos procedimentales para garantizar el derecho de los administrados a formular peticiones y a obtener oportuna respuesta; en segundo lugar, el conjunto de garantías tendentes a proteger el derecho de los administrados a la información y a la certeza en las relaciones con la administración; en tercer lugar, las garantías al derecho de la defensa y, en cuarto lugar, el derecho a la igualdad frente a otros administrados y a la imparcialidad de la Administración. Cada uno de estos grupos, lo hemos elevado a la categoría de capítulos y comprenden internamente, todo un conjunto de derechos y de garantías.

I. Garantías al derecho de los administrados a formular peticiones y a obtener oportuna respuesta

Es necesario comenzar por decir que el administrado es el que justifica la existencia de la Administración, si no hubiera administrado no tendría para qué haber Administración, cosa que no siempre se recuerda y que muchas veces se olvida.

GONZÁLEZ PÉREZ, el autor español, en su libro *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo* cita al mexicano MONTIEL (*Relieve y Función del Administrado*) para destacar que: "el administrado sostiene el servicio con la participación en sus cargas y se beneficia con sus prestaciones. No sólo es el objeto de la actividad administrativa, sino que participa de esa actividad como protagonista". El administrado es el público, la gente que disfruta o que soporta los servicios públicos.

El primer derecho que tienen los administrados frente a la Administración, el más elemental, es el derecho de petición consagrado en la Constitución en el artículo 67: "Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público sobre

*los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta*¹.

Debo decir que en este Seminario está prevista una exposición específica sobre el derecho de petición; sin embargo, estimo conveniente hacer algunas consideraciones sobre este derecho, porque ello nos va a servir para precisar algunos conceptos, algunas categorías jurídicas y algunos términos.

El derecho de petición, tal como está consagrado, se expresa de diferentes maneras. No hay un único derecho de petición, hay múltiples manifestaciones del derecho de petición. En primer lugar, la acción, es decir, el derecho de excitar la actividad jurisdiccional de los tribunales, el cual se expresa en la demanda que se introduce ante un Tribunal y que corresponde a cualquier ciudadano, es una manifestación del derecho de petición. Lo que pasa es que ese derecho de petición se regula por un régimen jurídico especial que está contenido en las leyes procesales: el Código de Procedimiento Civil, el Código de Enjuiciamiento Criminal, y otras leyes.

En segundo lugar, nos encontramos con lo que se llama en la doctrina las peticiones simples. En España las llaman las peticiones gracia- bles, peticiones políticas o iniciativas, en las cuales el ciudadano se dirige a la Administración para formular un pedimento que no requiere de sustanciación, como es solicitar la promulgación de nuevas normas, que se corrijan ciertos defectos en los servicios públicos, que se cambie el flechado de una calle, que se modifique el *pensum* de una Facultad. Esas peticiones simples no son susceptibles de generar un procedimiento administrativo, pero son la expresión de un derecho de los ciudadanos que está consagrado en la Constitución, el cual implica, correlativamente, el deber de la Administración de responder oportunamente.

En tercer lugar, los administrados tienen el derecho de petición encaminado a excitar la actividad administrativa. Por una parte, los ciudadanos pueden dirigirse a la Administración para solicitar una declaración de derechos o de intereses, mediante un procedimiento que se llama procedimiento administrativo de primera instancia, o de primer grado. Por otra parte, los administrados pueden dirigirse a la Administración para impugnar un acto dictado previamente a través de los recursos administrativos, los cuales dan origen a los denominados

¹ Ahora en la CRBV es el artículo 51: "*Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo*".

procedimientos administrativos de segundo grado. Estas peticiones, encaminadas a excitar la actividad administrativa, y que constituyen un derecho de los administrados, implican para la Administración la obligación de resolver, no sólo de responder. La denegación presunta, el silencio de la Administración, no excluye el deber de la Administración de dictar resolución expresa sobre el asunto sometido a su decisión.

De acuerdo a lo expresado, las peticiones pueden tener diferentes regímenes jurídicos. En primer lugar, en cuanto a las peticiones que se dirigen a los órganos jurisdiccionales, éstas se rigen por los códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, las leyes sobre Procedimientos del Trabajo, y otras. En segundo lugar, en lo referente a las peticiones simples, voy a hacer algunos señalamientos en relación a la Ley española por varias razones: por una parte, porque considero que es la Ley más perfecta que existe hasta ahora; por la otra, porque nuestros legisladores se inspiraron mucho en ella. Sin embargo, estas referencias tendrán lugar únicamente en la medida en que se haga indispensable para comprender la situación venezolana, que es la que nos interesa en definitiva.

En España existe la Ley 92, del 22-11-1960, sobre el Ejercicio del Derecho de Petición, la cual se refiere a las peticiones simples. Otras leyes, como la de Procedimiento Administrativo en su artículo 70, segundo aparte, establece que cuando se trate de peticiones graciabiles, se remite a la Ley especial que es la de 1960. En la Ley de Régimen Jurídico también se remite a esta Ley sobre el Derecho de Petición. La petición simple en España, está condicionada, en primer lugar, por la capacidad y, en segundo lugar, por la nacionalidad. En España solamente pueden ejercer el derecho de petición los españoles mayores de edad y las personas jurídicas de nacionalidad española. En Venezuela, la petición simple, la petición graciable, la pueden ejercer todos, según la Constitución este derecho no está limitado, pues cuando dice "todos" no se condiciona el ejercicio del derecho a la posesión de la nacionalidad, pero sí se limita a las personas que tengan la capacidad de obrar.

En la LOPA se regula, en forma imperfecta, la situación de las peticiones simples, y en forma bastante detallada las peticiones encaminadas a excitar el inicio de un procedimiento administrativo y las que se expresan en los recursos administrativos.

En este sentido, vale la pena hacer una distinción: en primer lugar, encontramos al administrado, es decir, el público, el ciudadano, el usuario de los servicios públicos; en segundo lugar, este administrado, cuando se dirige a la Administración para ejercer este derecho de petición que excita la actividad administrativa, se transforma en un

interesado, el cual constituye una categoría especial dentro de los administrados.

En Venezuela el interesado, que es quien puede dirigir peticiones que sean susceptibles de excitar la actividad administrativa, debe tener no sólo capacidad, sino también legitimidad. La capacidad, de acuerdo con la LOPA aparece definida en el artículo 24 y remite a la capacidad general establecida en el Código Civil, con las excepciones que se derivan de leyes especiales. Conforme al Código Civil (artículo 18) se distingue la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio. La persona natural, en principio, es capaz de ejercer sus derechos cuando alcanza la mayoría de edad (hasta 1982 se establecía en 21 años) y no está sujeto a interdicción. Eso plantea algunos problemas, que espero que la jurisprudencia resolverá oportunamente. Por ejemplo, una persona que presta el servicio militar (éste se presta desde los 18 años), no tiene la capacidad general del Código Civil; entonces cabe preguntarse si esta persona puede dirigirse a la Administración en relación a su prestación de servicios, en tanto que sujeto a un régimen especial militar, pues de acuerdo con la Ley Orgánica que comentamos debería ser mayor de edad, a menos que en las leyes sobre servicio militar se consagrara una capacidad especial. En relación al derecho del sufragio (en Venezuela pueden votar a los 18 años), el titular de ese derecho puede no tener la capacidad general de derecho establecido en el Código Civil; sin embargo, pienso que la jurisprudencia deberá interpretar entonces, en estos casos, que una persona pueda dirigirse al Consejo Supremo Electoral para formular cualquier petición en relación al ejercicio de este derecho. En cuanto a la legitimidad, el artículo 22 de la LOPA, señala que los interesados son aquellos que reúnen las condiciones establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, artículos 112 y 121².

El artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se refiere a "*toda persona natural o jurídica, plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos e intereses*". Es la legitimidad que, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Corte Suprema, se requiere para intentar lo que algunos autores llaman el recurso de plena jurisdicción, que el doctor MOLES denomina el contencioso de derechos y que prefiero llamar las demandas contra la Administración.

El artículo 121 se refiere a "*quienes tengan interés personal, legítimo y directo*", que son las personas que tienen la legitimidad para intentar los recursos contencioso-administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares. Aquí sería necesario hacer una serie de precisiones y, particularmente, qué se entiende por derecho subjetivo, qué se entiende por intereses legítimos. Como no tendremos

² Esta ley fue derogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

tiempo de entrar a analizar estos conceptos basta con señalar que, para formular una petición susceptible de excitar la actividad de la Administración, el administrado debe alegar la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y que ambos conceptos, a los efectos de la legitimidad requerida por la Ley, son exactamente iguales. Cualquier persona que tenga un derecho subjetivo lesionado o que tenga un interés legítimo, personal y directo lesionado también por la actividad administrativa, tiene legitimidad para intentar un procedimiento administrativo, para formular una petición que sea susceptible de generar un procedimiento administrativo de primer grado o de segundo grado.

Estas distinciones han sido formuladas, fundamentalmente en el Derecho italiano, donde se ha señalado que los derechos subjetivos surgen cuando se viola una norma de acción y los intereses legítimos se lesionan cuando se infringe por la Administración una norma de relación. Eso es muy importante en el Derecho italiano, porque de allí se deriva la competencia del órgano jurisdiccional. En el caso de la violación de las normas de acción, la competencia es de los tribunales ordinarios, si se violan las normas de relación la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Pero, en el Derecho venezolano, a todos los efectos, tal como lo consagra esta Ley, ambos conceptos son equivalentes, en el sentido de que tanto uno como otro, le confieren al administrado la condición de interesado y, por tanto, de legitimado para iniciar un procedimiento administrativo o para hacerse parte en un procedimiento administrativo iniciado por la Administración o por otro interesado.

En esta materia considero más adaptada a nuestro derecho la concepción española sobre derechos subjetivos e intereses legítimos. Según la definición de RAMÓN MARTÍN MATEO (*Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, 1971), "*son titulares de derechos subjetivos, aquellos que obtienen estos derechos como consecuencia de una norma o un acto en ella basado, que directamente va destinado a proteger o crear una situación jurídica que les beneficie*". En cambio "*son titulares de meros intereses aquellos que obtienen éstos de una norma dirigida al interés general, pero de la que indirectamente se derivan ventajas o beneficios para el particular*". En la Ley española, esta distinción tiene una gran importancia que es la siguiente: el titular de un derecho subjetivo puede incoar un procedimiento y tiene el derecho a su vez de ser notificado de todo procedimiento que se intente y que lo afecte en estos derechos. En cambio, el titular de un interés legítimo tiene la facultad de hacerse parte en el procedimiento, pero si no lo notifican a él, eso no afecta la validez del procedimiento administrativo, pues no constituye una causal de reposición la falla de notificación al titular de un interés legítimo.

En cambio, cuando la persona es titular de un derecho subjetivo y el procedimiento no lo inicia él, sino que lo inicia la Administración, y no se notifica a esta categoría de interesado, entonces esa persona puede pedir la reposición del acto; es nulo el procedimiento que se ha incoado sin notificárselo.

En Venezuela no hay esa distinción, sino que se equipara a todos los efectos el derecho subjetivo y el interés legítimo. De aquí surge entonces que la persona que inicia un procedimiento o el interesado que se apersona en un procedimiento, tiene la condición de parte. Fíjense ustedes que hemos hablado, en primer lugar, del administrado; en segundo lugar, del interesado, y, en tercer lugar, de la parte. La parte, en primer lugar, es el interesado que inicia el procedimiento, bien sea para solicitar una resolución o para impugnarla a través de un recurso; en segundo lugar, la parte es aquella persona que es notificada de la iniciación del procedimiento, y, en tercer lugar, la parte es quien se apersona en el procedimiento sin haberlo iniciado o sin haber sido notificado, pero que es titular de intereses legítimos, personales y directos, o derechos subjetivos, que sean susceptibles de ser afectados por la resolución que se adopte en definitiva en ese procedimiento. La Administración nunca es parte en los procedimientos administrativos. A ella le corresponde decidir sobre las pretensiones de las partes, que son siempre los administrados.

1. El derecho de formular peticiones

En el derecho español se ha distinguido entre peticiones políticas y peticiones administrativas, incluso, ambos derechos se regulan por dos leyes distintas. En Venezuela sé de algunos diputados que estaban trabajando sobre un Proyecto de Ley sobre el Derecho de Petición, pero una vez que se adelantó la discusión de esta Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, consideraron que esta Ley englobaba las disposiciones que debía contener una ley sobre el derecho de petición. Sin embargo, en la Ley nuestra, tal como ha sido sancionada por el Congreso, no se hace esta distinción. Por eso, el Presidente de República, cuando se dirige al Congreso pidiendo levantar la sanción de la Ley, solicita que se incluya en el artículo 5 una palabra que tiene una gran importancia. Dice la Ley: "*A falta de disposición expresa, toda petición, representación o solicitud dirigida por los particulares a los órganos de la Administración y la cual no requiera sustanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte días siguientes a su presentación*", entonces el Presidente pide al Congreso que, aquí donde dice: "*toda representación o solicitud*", se le agregue la palabra *administrativa*, para hacer la distinción. En nuestra opinión, si se acoge la solicitud del Presidente, quedan fuera las peticiones políticas, las peticiones graciabiles, o las peticiones simples, porque se restringe este artículo únicamente a las peticiones

administrativas y, en consecuencia, sería necesario otro artículo que fije un plazo para las peticiones simples, comunes, las que corresponden a todos los administrados capaces, sean venezolanos o extranjeros, porque esta Ley no señalaría plazo para la respuesta.

En el Derecho español se establece que cuando se trate de una petición simple la administración tiene, en primer lugar, la obligación de acusar recibo y, en segundo lugar, de indicarle al administrado que dirige la petición, si la misma es susceptible de generar un procedimiento administrativo, cuál es el órgano al que tiene que dirigirse. La Administración debe darle una información al administrado, en un plazo determinado. Si se pone la palabra administrativa, tal como lo solicita el Presidente, sería necesario agregar un artículo para las peticiones simples, graciabiles o políticas, porque las mismas no quedarían englobadas dentro de esta Ley.

2. El derecho de acuse de recibo

Todos los administrados tienen derecho a que se les acuse el recibo de sus peticiones. Ese acuse de recibo puede hacerse con el sello en la copia mecanografiada o fotostática de la solicitud una vez diligenciada y numerada por los funcionarios del registro, tal como se establece en el artículo 46 de la Ley.

3. El derecho a la oportuna respuesta

La Ley no regula el derecho a la oportuna respuesta, lo que regula es el derecho a la respuesta rápida, que es distinto. La oportunidad es un concepto muy difícil de precisar. En algunas hipótesis, aun cuando la Administración responda dentro del plazo estipulado, la respuesta puede ser rápida, más no oportuna. En todo caso, el plazo para las respuestas es máximo, la Administración no está obligada a tomarse todo el tiempo, sino que, de acuerdo con las características de la petición, debe tratar de responderla lo antes posible. Entonces, para que la respuesta sea rápida, la Ley fija unos determinados plazos que son fundamentalmente tres: Si la respuesta no quiere sustanciación, veinte días (artículo 50). En el procedimiento ordinario, la tramitación y resolución del caso no puede exceder de cuatro meses, más la prórroga o las prórrogas que se prevén en el artículo 60, que no deben exceder en total de dos meses más, o sea, seis meses, y, en tercer lugar, el procedimiento sumario, que no debe exceder de treinta días para la respuesta, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley.

4. Derechos de los administrados a que el acto administrativo que decida el asunto, resuelva todas las cuestiones que le han sido planteadas

Cuando se formulan varias peticiones podría haber un silencio parcial. Por eso se consagra el deber de pronunciamiento y de resolver todas las cuestiones que hayan sido planteadas.

El administrado puede exigir que se cumpla ese deber y ello constituye entonces un derecho para el administrado que está consagrado en el artículo 62 en forma general para todas las peticiones y en el artículo 89, específicamente, en cuanto se refiere a los recursos administrativos. ¿Cuáles son las garantías de ese derecho de petición? El derecho de petición se infringe con el silencio o inactividad de la administración. Por eso la Ley prevé algunas garantías, algunos mecanismos para hacer efectivo ese derecho: en primer lugar, el derecho a reclamar ante el superior jerárquico (algunos lo llaman un recurso de queja administrativo), en forma escrita y razonada para que le respondan en un plazo que no exceda de quince días, sin que ello paralice el procedimiento. En segundo lugar, si se encuentra que el funcionario es responsable del retardo, se prevén unas sanciones para dicho funcionario, las cuales consisten en una multa entre el 5 y el 50 por ciento del sueldo de un mes, previsto en los artículos 3 y 100 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Cuando el funcionario reiteradamente infringe el derecho de petición, y lo infringe con el silencio, ello da lugar a una amonestación escrita que le impone el superior jerárquico, tal como se establece en el artículo 4, párrafo único de la Ley.

En tercer lugar, se plantea la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración en el artículo 6. Este artículo es el reflejo de una posición doctrinaria que está subyacente. Cuando la Administración ha incurrido en mora o retardo (si la Administración incurre en mora es porque un funcionario obligado a resolver el asunto no lo hace en el plazo fijado), el funcionario o funcionarios a quienes compete la tramitación del asunto, además de las sanciones previstas en esta Ley, serán responsables civilmente por el daño ocasionado a la Administración. Es decir, si el funcionario se retarda, no responde civilmente ante el particular sino ante la Administración. Aquí se parte del supuesto de que el interesado ha ejercido su recurso ante la Administración, ha logrado la condenatoria de la Administración en responsabilidad civil y entonces la Administración que ha sufrido daños particulares, va contra el funcionario que ha causado el daño por su retardo en la respuesta. En esta norma no se da derecho a los particulares a demandar civilmente al funcionario, pero sí se deduce del contexto del artículo 6 que existe el derecho a demandar civilmente a la Administración, lo cual es consecuencia del principio general de responsabilidad consagrado en el Código Civil.

Por último, dentro de las garantías al derecho de petición se consagra en la Ley el derecho a interponer los recursos administrativos. En efecto, hemos dicho que el derecho de petición se infringe con el silencio o con la inactividad de la Administración. Si un administrado se dirige a la Administración para solicitar un pronunciamiento en primera instancia o para iniciar un procedimiento de primer grado y no se le responde, las consecuencias son diferentes al caso de un administrado que ejerza un recurso, porque en el recurso, en el procedimiento de segundo grado, hay un pronunciamiento previo de la Administración, hay una motivación para ese acto. En este último caso, el silencio de la Administración se interpreta como una denegación tácita, lo que hace que tenga vigencia el acto primitivo. Pero si la Administración no ha dicho nada, cuando se le solicita una resolución en primer grado, ¿qué recurso puede tener entonces el administrado? Evidentemente, no puede ser un recurso de reconsideración ante el mismo funcionario. ¿Cómo se le va a pedir que reconsidere su silencio? Tendría que ser entonces un recurso jerárquico, es decir, hay que pedir al superior que decida el asunto, y se instaría allí un procedimiento que tendría todas las características de un procedimiento de primer grado, no de recurso jerárquico porque no se está impugnando una decisión; en realidad, lo que se está pidiendo es que se forme una decisión a través del procedimiento administrativo.

II. Derecho de los administrados a la información y a la certeza de las relaciones con la Administración

El segundo de los derechos o conjuntos de derechos de los administrados se refiere a la información y a la certeza en las relaciones con la Administración. Son dos conceptos distintos, el derecho a la información y el derecho a la certeza, pero están íntimamente conectados uno con otro. Por supuesto que la información le produce certeza al administrado, la falta de información produce incertidumbre. Este conjunto de derechos que vamos a mencionar ahora está a su vez estrechamente relacionados con el derecho de la defensa, son prerequisites del derecho a la defensa. Es necesario tener la información y saber a qué atenerse frente a la administración para poder ejercer con propiedad el derecho a la defensa; sin embargo, no he querido confundirlos con el derecho a la defensa, porque la información puede utilizarse también con otros fines. El derecho a la defensa surge cuando se le desconoce el derecho a la persona, o cuando se pretende desconocer el derecho, pero puede ser que la actuación de la Administración Pública no infrinja ese derecho y el administrado esté conforme con la decisión administrativa o con el acto, y entonces no ejerce el derecho a la defensa porque considera que no es necesario hacerlo. De todas maneras, el administrado,

tiene el derecho a la información y a la certeza en las relaciones con la Administración.

Estos derechos a la información y a la certeza son importantes para los administrados, por una parte, para iniciar procedimientos y, en segundo lugar, para hacerse parte y defenderse cuando los procedimientos son iniciados, bien por la propia Administración o bien por otro administrado. En este grupo se incluye:

1. El derecho de los administrados a conocer

Primero, las estructuras, las funciones, las comunicaciones, las jerarquías de las dependencias administrativas, y en este sentido hay la obligación de la Administración a publicar esta información en la *Gaceta Oficial* (artículo 33).

Segundo, los fines, competencias y funcionamiento de los distintos órganos y servicios de la Administración. Este es un derecho general para los administrados que se cumple con el deber de la Administración de informar al público, a quien lo solicite. El anterior era el deber de publicar, este es el de informar sobre los fines, competencia y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios.

Tercero, los métodos y procedimientos en uso de la tramitación o consideración de su caso, que corresponde a los interesados. Quien tenga un procedimiento en curso y que sea parte, tiene derecho a que la administración le informe los métodos y procedimientos en uso, en la tramitación y consideración de su caso. Estos derechos están consagrados en el artículo 33 de la Ley. Para que la Administración pueda prepararse para cumplir estos deberes, el Presidente de la República ha solicitado, al devolver la Ley sancionada, que se prevea un *vacatio legis* de seis meses.

2. El derecho de los interesados a conocer de las faltas u omisiones en la solicitud

Cada vez que la Administración tiene un deber y cada vez que el administrado puede exigirle a la administración que cumpla ese deber, ello constituye un derecho de los administrados. A veces la Administración tiene deberes, pero el administrado no tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de ese deber; entonces no lo consideramos como derecho a los fines de esta exposición. En este orden de ideas, el derecho de los administrados a conocer las faltas u omisiones en la solicitud, desarrollada en el artículo 50, plantea una diferencia importante del procedimiento administrativo con los procedimientos contencioso-administrativos.

Cuando se intenta un recurso contencioso-administrativo que tenga fallas u omisiones, nadie va a decirle al actor cuáles son las fallas, sino que las mismas pueden acarrear que no se admita el recurso. En cambio, la Administración está obligada a decirle a los administrados cuáles son las faltas u omisiones de su solicitud, dentro de un plazo determinado en el artículo 50 de la Ley y el administrado puede corregir esas fallas. El procedimiento administrativo es mucho menos formalista, muchos menos rígido que el procedimiento contencioso-administrativo. Sin embargo, debemos señalar que este derecho a conocer las fallas u omisiones de la solicitud, en nuestra opinión, sólo procede en los procedimientos de primer grado o de primera instancia, pues cuando se trata del ejercicio de un recurso administrativo, el cual puede generar un procedimiento administrativo de segundo grado, la Ley Orgánica que comentamos dispone que *"el recurso que no llenare los requisitos exigidos no será admitido"* (artículo 86). En este aspecto los abogados recurrentes deben ser cuidadosos, pues normalmente no habrá tiempo para subsanar las fallas e intentar nuevamente el recurso, debido a que el lapso para intentarlo es muy corto, lo que traerá como consecuencia que el acto que se impugna en vía administrativa quedará firme y después no podrá intentarse un recurso contencioso-administrativo.

3. El derecho de los administrados a la estabilidad en las decisiones administrativas

Las decisiones administrativas deben ser estables y el administrado tiene el derecho a exigir que esas decisiones no se modifiquen en perjuicio de sus derechos e intereses. Por eso, la Ley sanciona con la nulidad absoluta a los actos que resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo, o sea, actos que van en contra de la cosa decidida administrativa (artículo 19, numeral 2), porque al decidirse nuevamente un caso que había sido resuelto, se va contra el derecho de los administrados a la estabilidad de las decisiones.

Una vez sancionada el proyecto de esta ley, el Presidente de la República se dirigió al Congreso ha pedir, entre otros aspectos, que se le agregue en el artículo 19, numeral 2, *"salvo autorización expresa de la Ley"*, o sea, que en los casos que la Ley expresamente lo autorice se puede ir contra este derecho a la estabilidad. Al momento de realizarse este seminario no hay todavía decisión sobre los aspectos que el Presidente ha pedido que se reconsideren por el cuerpo legislativo.

En Venezuela existe una prohibición de revocación de los actos administrativos que originen derechos subjetivos o intereses legítimos para los particulares, conforme a la letra del artículo 82. Por argumento a contrario, solamente se puede revocar los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos para los

particulares, lo cual puede hacerse en cualquier momento. Esta es una norma que considero demasiado absoluta y a mí me preocupa que el interés particular pueda prevalecer en determinados supuestos sobre el interés general. Pero me preocuparía también si no fuera así, porque si se le da a la Administración la potestad de revocar actos perfectamente lícitos, perfectamente válidos y que generen derechos para los particulares, ello seguramente conduciría a abusos contra los administrados. Vista desde la posición de la Administración, esa intangibilidad tan absoluta de los actos administrativos válidos que declaren o que generen derechos subjetivos o intereses legítimos a los particulares, pueden ser contrarios al interés público en determinadas circunstancias.

Por ejemplo, si el Ministerio del Ambiente da un permiso para que se corten unos árboles en el Parque Miranda, esto genera derechos subjetivos para el que los va a cortar. Sin embargo, si se produce una apreciación mejor de los hechos, sin que el acto tenga ninguna falla, y se encuentra que el interés público aconseja que este acto se revoque, debería poderse hacer y en ese caso tendría la Administración que indemnizar los daños que le cause a los particulares. En el derecho alemán, existe una Ley de Procedimientos Administrativos muy nueva, de 1976, y en ella se consagra la posibilidad de revocación de los actos lícitos que generan derechos para los particulares; en varios supuestos: cuando la revocación es admitida por una norma jurídica; cuando surgen hechos posteriores (este es el supuesto de revocación propiamente dicho) que hubieran justificado en su momento que la autoridad no dictara el acto administrativo y sin la revocación se pone en peligro el interés público, aun cuando el acto sea lícito y perfectamente dictado; cuando por causa de modificación del derecho vigente, la autoridad estuviera justificada para no producir el acto, siempre que el favorecido todavía no haya hecho uso de la ventaja concedida o no haya percibido ninguna de las prestaciones reconocidas en el acto, y en cualquier caso, cuando sin la revocación se pone en peligro el interés público. En estos casos, se consagra el derecho del administrado a obtener una compensación de los perjuicios patrimoniales que haya sufrido por la revocación del acto.

Con la normativa que existe en la actualidad no se pueden revocar los actos que crean derechos a favor de los particulares, ni siquiera mediante la compensación pecuniaria, pero siempre queda la posibilidad de que la Administración declare la nulidad absoluta de su propio acto, si los vicios de que este adolece lo ameritan.

Dentro de este derecho a la estabilidad o a la intangibilidad de los actos se dispone que los cambios de criterio de la Administración no podrán aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fueren más favorables a los administrados (artículo 11). Es el caso de que, cuando se produce un acto con fundamento en un criterio determinado, si después se modifica

ese criterio, ese cambio no afecta las decisiones anteriormente tomadas, a menos que el nuevo criterio sea más favorable para los administrados.

4. El derecho a solicitar en cualquier tiempo que la Administración reconozca la nulidad absoluta de los actos dictados por ella

La administración tiene el deber y la potestad de la autotutela de sus actos. La Administración, de oficio, debe reconocer la nulidad absoluta de sus actos, pero dentro de estos derechos que se relacionan con la certeza que deben tener los administrados frente a la Administración, también se concede en la Ley el derecho a solicitar que la Administración reconozca la nulidad absoluta de sus actos y ese derecho se puede ejercer en cualquier tiempo, no hay plazo establecido en la Ley, conforme al artículo 83.

5. El derecho a alegar la prescripción de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados.

Este derecho es una consecuencia del derecho a la certeza que tienen los administrados, porque cuando está pendiente una acción contra un administrado, ese administrado está en una situación de incertidumbre. El administrado puede pedir a la Administración que declare la prescripción de los actos administrativos que puedan generar acciones contra él, conforme a los artículos 70 y 71 de la Ley. Así, cuando un funcionario público ha ejercido su cargo y cesa en sus funciones, ese funcionario no puede estar toda la vida pendiente que la Contraloría le va a dictar un acto de responsabilidad administrativa, por presuntas irregularidades administrativas. De acuerdo con esta Ley, a los cinco años puede pedirse que se declare la prescripción, a partir del momento en que dejó el cargo, de las acciones que puedan derivarse de actos administrativos que creen obligaciones a cargo del administrado.

6. El derecho a la unidad de los procedimientos

Cuando se trata de procedimientos administrativos que pueden ser iniciados en un ministerio, instituto autónomo, o en cualquier unidad administrativa y que se refieren a un mismo administrado, en relación a un mismo problema, existe la obligación de la Administración, de acuerdo al artículo 31, de mantener la unidad de los expedientes, aunque intervengan distintos ministerios o institutos autónomos. Ese deber de la Administración de mantener la unidad de los expedientes está garantizado con el derecho que tiene el administrado de solicitar la acumulación de los expedientes, consagrado en el artículo 53 de la Ley, con el fin de evitar decisiones contradictorias.

III. Garantías al derecho a la defensa

El derecho a la defensa se denomina de muchas formas por distintos autores en diferentes países. Cuando se habla del principio *audire alteram partem*, o sea, la obligación de la Administración de oír a la parte, y el derecho del administrado a ser oído, estamos hablando del derecho a la defensa. Cuando se habla del debido proceso de Ley, estamos hablando del derecho a la defensa. Esta terminología del debido proceso de Ley, es tomada del Derecho norteamericano. La enmienda quinta de la Constitución de los Estados Unidos estableció que nadie podía ser privado de su vida, de su propiedad o de su libertad sin el debido proceso de Ley (*Due process of law*) y la jurisprudencia de ese país ha entendido dicha enmienda como un principio de aplicación general que consagra el derecho a la defensa no solo en los procedimientos judiciales, sino en todos los aspectos donde intervenga la actividad administrativa y particularmente en los procedimientos administrativos.

Algunos denominan este derecho a la defensa como el principio del contradictorio, con lo cual no estoy de acuerdo. El principio del contradictorio se relaciona como otro derecho, que es el derecho a la igualdad.

¿Cuál es el origen del derecho a la defensa? En el Derecho inglés es célebre el caso del doctor Bentley, decidido por un tribunal en el año 1724, tal como recuerda un tratadista de Derecho inglés (WADE & PHILIPS: *Constitutional Law*, 3ª Edic., Londres, 1946), caso este que citan, además muchos autores como el argentino GORDILLO, en su obra sobre *Procedimientos y Recursos Administrativos*, y la doctora HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, en su libro sobre *Procedimientos Administrativos*, donde un tribunal inglés al preguntarse sobre el origen del derecho a la defensa, dijo: "Hasta Dios mismo no sentenció a Adán sin antes llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán –dijo Dios–, dónde estabas tú? ¿No has comido del árbol que no debías hacerlo?" Esto, para los ingleses, significa que el derecho a la defensa se basa en el origen mismo del hombre y que es de derecho natural.

Este derecho a la defensa tiene una gran importancia. En los procedimientos judiciales existe desde hace mucho tiempo ese derecho, sin embargo, en materia administrativa no se ha consagrado en forma expresa en las legislaciones de los países sino en forma más bien reciente. Pese a ello, la jurisprudencia en muchos países ha venido extendiendo también este derecho a la defensa, consagrado para los procesos judiciales, a las actuaciones administrativas. Veán ustedes, que en la Constitución venezolana este principio está formulado en relación a los procesos judiciales. En efecto, dice la Constitución³ en su artículo 68:

³ En referencia a la de 1961. En el caso de la CRBV la referencia es al artículo 49.

Todos pueden utilizar los órganos de administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses en los términos y condiciones establecidos por la Ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Como la Constitución dice "el proceso" ha sido muy fácil para la jurisprudencia de los tribunales, entender que cuando se dice proceso, se está diciendo procedimiento, y, por tanto, ese derecho a la defensa viene consagrado por la jurisprudencia en forma general desde hace bastante tiempo.

¿Cómo se formula ese derecho a la defensa en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos? ¿Cuál es el contenido de este derecho a la defensa? ¿Cuáles derechos, a su vez, se engloban dentro de este capítulo general de derecho a la defensa?

1. El derecho a conocer el inicio del procedimiento cuando los procedimientos son iniciados por la Administración y de conocer la decisión que recaiga sobre los procedimientos que le interesen

El administrado cuyos derechos son susceptibles de ser lesionados tiene el derecho a que se le notifique del inicio del procedimiento (artículo 48). Por otra parte, a la culminación del procedimiento, la decisión que se tome debe ser notificada a los particulares, cuando dichas decisiones los afecten en sus derechos subjetivos e intereses legítimos. Esta notificación está prevista en el artículo 73, y se refiere a los actos de efectos particulares, los cuales deben ser publicados cuando no se puede hacer la notificación (artículo 76).

2. El derecho del interesado a hacerse parte o de apersonarse en los procedimientos que hayan sido iniciados por la Administración o por otro interesado

Este derecho de apersonarse (de personarse, se dice en España) en el procedimiento le confiere al administrado la condición de parte (artículo 23). Si se trata de una solicitud iniciada por otro interesado, el administrado puede ser coadyuvante o puede ser opositor en el procedimiento, cuando la decisión que se tome en definitiva lo afecte en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

3. El derecho de los administrados a que los actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos se fundamenten en decisiones previas

Este artículo constituye una gran innovación. En nuestro país es frecuente que se realicen actos materiales contra la propiedad de una persona (el caso del tractor que penetra en una finca para abrir una

carretera), sin que el afectado pueda saber quién dio la orden, de qué organismo depende la decisión, en qué se fundamenta ésta. Para frenar esos abusos, ahora se requiere que la Administración Pública fundamente en una decisión previa el acto material que perturbe o menoscabe el derecho de los particulares.

Esta disposición va a modificar el contencioso administrativo, porque tradicionalmente se ha dicho que contra los actos materiales de la Administración, en primer lugar, no hay recurso administrativo, se recurre de las decisiones, pero no se puede recurrir de los actos materiales; en segundo lugar, el recurso contencioso administrativo de anulación no procede contra los hechos o actos materiales de la Administración, porque, ¿cómo se va a pedir la anulación de un hecho que ha ocurrido? No se puede anular el hecho, sino que el interesado tiene la vía de la demanda contra la administración, del contencioso administrativo de plena jurisdicción, como se llama en Francia, del contencioso de derechos, como lo llama el doctor MOLES. Esta situación se cambia ahora, porque si el acto material debe estar previamente fundamentado en una decisión, entonces es contra esa decisión que se puede ir, se puede intentar recursos administrativos contra esa decisión, se puede interponer recurso contencioso administrativo contra esa decisión, puede pedirse la suspensión del acto. Las posibilidades de defensa son mayores ahora. Antes únicamente había la demanda contra la administración que estaba sometida al requisito del antejuicio previo, en los casos en que lo exige la Ley, ante la Procuraduría General de la República. Considero que el campo del contencioso-administrativo de anulación se hace mucho más importante, en detrimento del contencioso de plena jurisdicción o las demandas contra la administración o el contencioso de derechos.

Ahora bien, la Ley dice que los actos materiales deben fundamentarse en decisiones previas, pero no dice que éstas deben ser notificadas previamente a la persona. En España la solución que se adoptó es que hay una obligación de comunicar por escrito a requerimiento del interesado, el contenido de la resolución que autoriza la actuación administrativa. En Venezuela, el particular tiene derecho a exigir la notificación previa y la Administración tiene la obligación de notificarla previamente, por aplicación del artículo 73, que consagra la obligación de la Administración de notificar todos los actos que sean susceptibles de afectar los derechos subjetivos o los intereses legítimos de un particular y esa disposición tiene carácter general.

Luego, si hay una decisión que afecta un derecho subjetivo o los intereses legítimos, debe comunicarse, independientemente que sea un prerequisite de un acto material o que sea el final de un procedimiento. Por supuesto, que, si la decisión es el final de un procedimiento donde

ha intervenido el interesado y esa decisión final ya le ha sido comunicada, entonces no es necesaria la nueva notificación.

4. El derecho a que los actos administrativos sean motivados

El contenido de la obligación de la Administración es la de expresar las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso justifican la emisión del acto (artículo 9). En Venezuela, la obligación de motivar el acto ha venido siendo construida por la jurisprudencia en forma brillante, desde el año 1938 en que la Corte Federal decidió que no había la obligación de motivar los actos, hasta el año 1957 en que la Corte Federal cambió su jurisprudencia y empezó a exigir desde ese momento, como un requisito del acto administrativo, el de la motivación; especialmente en relación a los actos que sean sancionatorios, los actos que cambien decisiones anteriores, los actos que nieguen peticiones y los actos que menoscaben, en general, los derechos de los particulares.

Cuando se estaba preparando este Proyecto de Ley, ese fue uno de los puntos que más se discutió. Había posiciones divergentes en torno a si se establecía la obligación de motivar los actos en general y se consagraban algunas excepciones a la obligación de motivar, o si se establecía el principio general de que los actos no debían ser motivados y señalar los casos en los cuales sí había la obligación de motivar.

En el proyecto que se introdujo al Congreso con la exposición de motivos, se consagraba el sistema de la no obligación general de motivar, acogándose en esta forma, en este proyecto, el criterio predominante en la doctrina española, que se refleja en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, criterio este que es el mismo que existe en Italia y en Francia. Pero frente a ese criterio general existen otras doctrinas que se aplican en otros países, donde sí se exige la motivación como criterio general y la no motivación como excepción, como ocurre en los Estados Unidos o en Alemania. En Israel, también se exige la motivación como principio general por una Ley reciente, del año 78, la Ley Shofman sobre Procedimientos Administrativos y sobre el Derecho de Petición.

En Alemania, en la Ley de Procedimientos Administrativos de 1976, se establece que la obligación de motivar existe incluso en relación a los actos discrecionales en los cuales hay que expresar los criterios que indujeron al funcionario a tomar esa decisión. En Venezuela había un criterio diferente inicialmente, pero en el curso del proceso legislativo se cambió la situación, o sea, que esta Ley se hizo más amplia hacia los administrados. Para garantizar mejor a los administrados se estableció la obligación de motivar como criterio general y la ausencia de esta obligación, cuando se trata de actos de mero trámite o cuando se trata de actos en los cuales las leyes especiales eximan de la obligación de

motivar, todo esto de acuerdo con el artículo 9 de la LOPA. En Venezuela ya existen varias leyes que exigen de la obligación de motivar: la Ley de Bancos, artículo 10, la Ley de Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, artículo 37, la Ley de Partidos Políticos, artículo 19⁴, y otras leyes.

¿Qué se entiende por acto de mero trámite? Sería bastante difícil saber en este momento cuál es su significado en el contexto de esta Ley. Por ejemplo, el nombramiento de un ministro no es un acto de mero trámite, tal como se ha entendido esta expresión hasta el presente. Mero trámite son los actos preparatorios de una decisión. Luego, si el nombramiento de un ministro es un acto definitivo, habría que decir por qué se nombra ministro a esa persona. Hasta ahora no se ha considerado necesario expresar los motivos de hecho que privaron en la adopción de una decisión de nombramiento, por lo cual la jurisprudencia deberá redefinir lo que se debe entender por acto de mero trámite. Tal vez deba entenderse por tal, los actos rutinarios de la Administración, los que no desconocen derechos de particulares ni modifican criterios establecidos, aun cuando sean definitivos.

5. El derecho a examinar, leer o copiar cualquier documento contenido en el expediente y a pedir certificación del mismo

Es el principio de la publicidad para los interesados. No de la publicidad en general, porque no es un derecho de todos los administrados; los administrados no pueden ir a copiar cualquier expediente dentro de la Administración; es el derecho que corresponde al interesado, a quien sea parte en el procedimiento, porque en Venezuela, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Central (artículos 54, 58, 59 y 60)⁵, se establece que los archivos son reservados para la Administración y que solamente se podrán expedir copias certificadas cuando el ministro lo autorice. Es característico de todos los países latinos ese gran sigilo, ese gran secreto en la actividad administrativa. En los países nórdicos, sobre todo, la Administración es pública, está expuesta al ciudadano, se puede tener acceso a cualquier documento, o cualquier expediente, incluso cuando los expedientes pueden ser utilizados contra la propia Administración, salvo el caso de que ponga en peligro la seguridad del país; pero ese concepto de seguridad es restringido, no es ese concepto amplio de seguridad que existe en los países latinos.

⁴ Estas leyes hoy en día han sido reformadas o derogadas.

⁵ Hoy derogada por la Ley Orgánica de la Administración Pública.

6. El derecho de alegar razones y a presentar pruebas dentro de los procedimientos administrativos

Este derecho es el núcleo o la médula de este grupo de derechos relacionados con la defensa.

El mismo está consagrado en varias disposiciones de la LOPA. En los procedimientos iniciados de oficio por la Administración, previa notificación del interesado, existe el derecho de éste a exponer pruebas y alegar razones (artículo 48). Por otra parte, si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, éste debe indicar las materias objeto de la solicitud (artículo 49, numeral 4). Entre esas materias, por supuesto, están las pruebas que señalará el interesado.

En todo caso, sea que el procedimiento se inicie de oficio, sea que se inicie a petición de parte, el interesado tiene el derecho consagrado en el artículo 53 de que la Administración cumpla, de oficio o a petición de parte, las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto e impulse el procedimiento. El particular indica las pruebas, pero si las mismas no están en poder del administrado, o no dependen de él para su evacuación, hay una obligación de la Administración de hacer evacuar las pruebas que dependen de ella. Ese derecho del interesado y ese deber de la Administración están conexos con el artículo 54, que establece que la Administración solicitará de las otras autoridades u organismos, los documentos, informes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto.

En el artículo 55 se regulan los plazos para la evacuación de las pruebas; el artículo 58 establece la amplitud más grande que pueda concebirse en materia de prueba en los procedimientos administrativos: son utilizables todos los medios de prueba contenidos en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil, en el Código de Enjuiciamiento Criminal⁶ y en otras leyes, es decir, cualquier tipo de prueba permitida por cualquier norma legal en Venezuela es susceptible de ser utilizada en los procedimientos administrativos. Además, las partes tienen el derecho a producir, antes de que se dicte la decisión, los escritos que estimen convenientes para la aclaración del asunto, tal como lo establece el artículo 32.

7. El derecho de los interesados a hacerse representar en los procedimientos administrativos

Cuando no sea expresamente requerida la comparecencia personal, los interesados podrán hacerse representar por otra persona y, por supuesto, por un abogado (artículo 25). El otorgamiento de la representación no tiene carácter formal para el interesado, ni es necesario un

⁶ Este último derogado por el Código Orgánico Procesal Penal.

poder otorgado en Notaría, este podrá designar a su representante en la solicitud (artículo 26) o posteriormente mediante una carta-poder.

8. El derecho del interesado a que se le indiquen los recursos que procedan con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse

Por supuesto este derecho nace en caso de que se lesionen los intereses del particular, por una decisión de la Administración. Entonces la Administración tiene la obligación de decirle: usted puede hacer uso de tales recursos, ante tal órgano y en tal plazo.

En este caso no se trata de una obligación teórica; es que, si la administración no cumple con esta obligación consagrada en el artículo 73, se considera que la notificación de la decisión es defectuosa y no producirá ningún efecto. Es necesario que se indiquen todas esas menciones, porque de lo contrario se considera que no ha habido notificación. Si la información es errónea, si no se le indican correctamente los recursos o los plazos que tiene el interesado y éste hubiera intentado un recurso que fuera improcedente, el tiempo transcurrido no será computable porque el error del administrado provino del error en la información que le suministró la Administración (artículo 77).

Todos estos derechos de los cuales hemos venido hablando, están garantizados principalmente, por una parte, con el derecho de los administrados a interponer recursos administrativos. Entre estos recursos hemos señalado particularmente los siguientes: el recurso de queja o de reclamo (artículo 3); el derecho de interponer recurso de reconsideración (artículo 94); el derecho a interponer recurso jerárquico (artículo 95). Por cierto que a este respecto, me surge una duda, que debería aclarárnosla el doctor LARES, quien va a hablar sobre esto: cuando se trata de decisiones que se producen dentro de un instituto autónomo, hay un recurso jerárquico ante las autoridades superiores del instituto; pero además se consagra otro recurso jerárquico ante el ministerio; en este sentido, el artículo 96, dice:

El Recurso Jerárquico podrá ser intentado contra las decisiones de los órganos subalternos de los institutos autónomos por ante los órganos superiores a ellos. Contra las decisiones de dichos órganos superiores operará el recurso jerárquico para ante el respectivo ministro de adscripción, salvo disposición en contrario de la Ley.

De acuerdo a este dispositivo, prácticamente desaparece el recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos de efectos particulares emanados de los institutos autónomos que afectan derechos de los administrados, pues el acto que agota la vía administrativa es el acto del ministro de adscripción, el cual sería el recurrible ante el

contencioso-administrativo. Lo más curioso de todo es que los actos de efectos generales de los institutos autónomos serían recurribles por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en tanto que, los actos de efectos particulares, que son de inferior jerarquía, serían recurribles ante la Corte Suprema de Justicia.

Como garantías al derecho a la defensa, se consagra en la Ley el derecho al recurso de revisión (artículo 97), y el derecho a pedir y obtener la suspensión de los efectos del acto (artículo 87). Esta última constituye una innovación total. En Venezuela, solamente se podía pedir la suspensión de los efectos del acto en juicio contencioso-administrativo, en los casos previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Pero ahora se consagra como un derecho de los interesados en el procedimiento administrativo. Además de estos derechos de interponer los recursos administrativos, existe como una garantía de la defensa, el derecho de interponer los recursos contencioso administrativos, de los cuales les hablará el doctor BREWER en su oportunidad.

IV. Derecho a la igualdad de los administrados frente a otros administrados y a la imparcialidad de la Administración

Bajo este capítulo se engloba un conjunto de derechos que tienden a evitar que la Administración tome partido en favor o en contra de algún administrado.

1. El derecho a igual trato por la Administración

Este derecho ha sido llamado en algunos países el principio del contradictorio y se expresa así: cuando existen diversos interesados en un procedimiento (por ejemplo: solicitud de permisos, licencias, concesiones), todas las partes (sean solicitantes u opositores), tienen derecho a igual trato por la Administración.

El derecho a la igualdad aparece expresado en la Constitución cuando se dispone que "*no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social*" (artículo 61⁷) y cuando en el preámbulo de esta se indica como uno de los propósitos del pacto constitucional, el de "*mantener la igualdad social y jurídica*"⁸.

En la LOPA se garantiza este derecho de diversas maneras, una de ellas es la disposición en virtud de la cual "*en el despacho de todos los asuntos se respetará rigurosamente el orden en que éstos fueron*

⁷ En el caso de la CRBV la referencia es al artículo 21.

⁸ En el caso de la CRBV la referencia es a la "*justicia social y a la igualdad sin discriminación*".

presentados" (artículo 34). Conforme a este artículo, *"solo por razones de interés público y mediante providencia motivada, el jefe de la oficina podrá alterar dicho orden, dejando constancia en el expediente"*. Pienso que el desconocimiento de este derecho de los administrados, o si la resolución no es motivada o si el motivo no es convincente, ello puede llegar al recurso de reclamo o queja previsto en el artículo 3 de la Ley por *"distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento"* y acarrear para el funcionario responsable la sanción prevista en el artículo 100 de la misma Ley.

2. El derecho a la imparcialidad del funcionario

El derecho de los administrados a la imparcialidad de los funcionarios en la resolución de los asuntos, es otra forma de expresar el derecho a la igualdad que tienen los administrados. Ese derecho lo reitera de Ley cuando señala que *"la actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad"* (artículo 30).

Ahora bien, de ese derecho genéricamente expresado se desprenden varias consecuencias previstas en la Ley:

Primero, el principio de la igualdad como límite a los poderes discrecionales de la Administración. La jurisprudencia nuestra ha venido destacando un conjunto de principios que limitan los poderes discrecionales. BREWER, en un trabajo sobre este tema que publica en el Tomo I de su libro sobre jurisprudencia de la Corte Suprema, señala que: *"existe desigualdad cuando la actividad administrativa ha discriminado entre supuestos similares dando a unos y a otros, no obstante, su esencial identidad, tratamientos distintos"*.

Segundo, la obligación del funcionario de inhibirse. En la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se indican los diferentes supuestos en que el funcionario está obligado a inhibirse en los asuntos cuya competencia le esté legalmente atribuida (artículo 36). En esta norma se amplía el deber de inhibición que aparecía consagrado en el artículo 30 de la Ley de Carrera Administrativa⁹, por una parte, porque ahora se aplica a todos los funcionarios públicos y no solamente a los que están regidos por la Ley de Carrera Administrativa y, por la otra, porque se incluyen nuevos supuestos en que se hace procedente el deber de inhibición.

En los artículos 37 al 40 de la Ley que comentamos se establece el procedimiento en materia de inhibición. No ha considerado conveniente el legislador consagrar un procedimiento formal de recusación, pero el interesado puede dirigirse al funcionario que conoce del asunto

⁹ Hoy derogada por la Ley del Estatuto de la Función Pública.

para hacerle notar que está incurso en una causal de inhibición, y si ello no da resultado, puede el interesado solicitar del funcionario de mayor jerarquía en la entidad donde curse el asunto que ordene al funcionario incurso en la referida causal que se abstenga de toda intervención en el procedimiento y que designe al funcionario que deba continuar conociendo del expediente (artículo 39).

3. El derecho a que la actuación administrativa se ciña a la legalidad y a la justicia

Este es, tal vez, el derecho sustancial que tienen los administrados frente a la Administración. En efecto, si la Administración decide en la forma indicada no sólo está garantizando la imparcialidad frente a los administrados, sino que ello permite la economía, la eficacia y la celeridad en los procedimientos administrativos, porque evita o reduce el número de las impugnaciones a sus decisiones y de los procesos contencioso-administrativos encaminados a restablecer el derecho infringido.

La consagración de este derecho implica:

Primero, el deber de la Administración de respetar la forma de los actos y de expresar las menciones que se indican en el artículo 18 de la Ley.

Segundo, el deber de la Administración de respetar la jerarquía de los actos. En efecto:

[...] ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictadas por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general (artículo 13).

Tercero, en las medidas o providencias discrecionales, la Administración debe ceñirse a los límites consagrados para dichos poderes, no solamente en lo relativo al principio de la igualdad antes aludido, sino a los principios de la proporcionalidad, racionalidad y adecuación a los fines, conceptos estos definidos por la jurisprudencia y consagrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 12). ■

El valor jurídico del expediente administrativo

Cecilia SOSA GÓMEZ*

REDAV, N° 23, 2021, pp. 67-83

Resumen: El artículo comenta la importancia del expediente administrativo tanto en sede administrativa como contencioso-administrativa, dada su vinculación con la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.

Palabras clave: Derecho a la defensa – Expediente administrativo – Procedimiento administrativo.

Abstract: *The article comments on the importance of the administrative file both in administrative and contentious-administrative sceneries, given its link with the effective judicial protection, due process and the right to defense.*

Keywords: *Right to defense – Administrative file – Administrative procedure.*

Recibido

18-08-2022

Aceptado

23-08-2022

Introducción

Expediente es un vocablo que se asocia al curso o procedimiento de un asunto, es la materialización del procedimiento de que se trate. Conforma así un conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, incluyendo las diligencias encaminadas a ejecutarla. La pregunta que determina esta ponencia es ¿Qué importancia jurídica tiene el expediente administrativo en juicio? El expediente administrativo constituye la prueba natural judicial mas no la única, dentro del proceso contencioso administrativo de anulación.

Ante la Administración, siempre el abogado litigante había considerado una pérdida de tiempo la exigibilidad del agotamiento de la vía

* Abogada, graduada 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 y Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (veporlibertad) desde 1999. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

administrativa para optar discutir el asunto en la vía judicial, es decir en la jurisdicción contencioso administrativa. La razón que sostenía la inutilidad del agotamiento de la vía administrativa era fundamentalmente pragmática, la Administración “no se equivoca”, por tanto al no modificar el contenido de sus actos, significaba, a juicio de estos abogados, un tiempo perdido en detrimento del conocimiento del asunto por ante los tribunales de la República.

Esta posición trajo como consecuencia la desvalorización del cuidado y trabajo jurídico-administrativo por construir un expediente administrativo, ante la eventualidad de tener que recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En estas notas podremos examinar cuan equivocados estaban los que lucharon por hacer optativos los recursos administrativos para llegar rápido al juez contencioso-administrativo y obtener así un resultado definitivo; hoy ya no siendo obligatorio jurisprudencialmente agotar los recursos en vía administrativa, resulta que el valor administrativo exige repensar la actuación en vía administrativa y atender las actuaciones que se practiquen en él, exigiendo del interesado preparar desde la instancia administrativa la eventualidad del recurso contencioso administrativo, de la misma forma como se prepara en el curso del proceso el recurso de casación.

I. Rango constitucional

La Constitución con la fuerza de norma suprema y cuerpo que asegura su autosuficiencia, dedicó a la Administración Pública no sólo la enumeración de los principios que deben fundamentar su actuación, sino que consagró para los ciudadanos el derecho a la información oportuna y veraz por parte de la administración pública, derecho que tiene suficiente amplitud y precisión, ya que abarca lo relativo al estado de las actuaciones de las cuales sean parte interesada, así como el conocimiento de las resoluciones definitivas que se dictaren sobre el particular, y el acceso a los archivos y registros administrativos, salvo excepciones legales. Como complemento a esta disposición (artículo 143 constitucional) se establece la prohibición absoluta a los funcionarios públicos de aplicar la censura en relación con su deber correlativo al derecho a la información de los asuntos bajo su responsabilidad (Exposición de Motivos de la CRBV).

La razón de esta norma constitucional, es garantizar que no basta que la Constitución consagre los derechos subjetivos, las libertades públicas, por cuanto para su ejercicio es indispensable asegurar la efectividad de su satisfacción, y precisamente entre esos medios instrumentales está el procedimiento administrativo, uno de los instrumentos más

idóneos que el derecho arbitra como reaseguro contra abusos o excesos en el obrar de la Administración del Estado.

Ahora bien, donde verdaderamente se ubica el fundamento constitucional del expediente administrativo es en el artículo 141 constitucional en concordancia con el artículo 49, por cuanto si la Administración está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta entre otros principios, en la transparencia con sometimiento pleno a la ley y al derecho, los órganos administrativos al sustanciar los expedientes deben observar las normas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que disponen la unidad, orden y secuencia en la cual se llevan los expedientes.

Siendo entonces el expediente administrativo una prueba judicial en un proceso contencioso administrativo de anulación, y en razón de ello se erige como requisito fundamental para la búsqueda de la verdad material, por lo que constituye la prueba de importancia medular para que el juez contencioso administrativo pueda formarse una acertada convicción sobre los hechos y garantice que el proceso sirva como instrumento para la realización de la justicia, como lo dispone el artículo 257 del texto fundamental.

La violación al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (artículos 49 y 26 constitucional) se refiere en cuanto al primero, a la oportunidad para el ciudadano encausado o infractor de hacer oír en sus alegatos, sino el derecho a exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de la sanción del conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente los alegatos de su descargo y promover y evacuar pruebas entre otros aspectos. Desde la Constitución de 1999 esta protección y garantía es válida ya no sólo para actuaciones judiciales sino administrativas. El derecho a la tutela judicial efectiva es aquél que permite acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, lo que implica el derecho al libre acceso, sin limitaciones ni cargas excesivas o irracionales, a la justicia que imparten los tribunales de la República, y a obtener de ellos una tutela efectiva, situación que engloba una sentencia basada en el derecho y ejecutable. Es por eso que cobra importancia constitucional el expediente administrativo como instrumento probatorio que satisfaga la garantía de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, debido proceso y defensa. Así el derecho al debido proceso estaría garantizado en sede administrativa.

II. El expediente administrativo: un derecho y una carga de la Administración

El expediente administrativo es el conjunto de documentos reunidos por la administración, quien los recopila y ordena, sobre un asunto determinado. Lleva implícito cierto orden, concierto y disciplina, y constituye el núcleo central para el control judicial, de allí que se transforma en un elemento fundamental de la prueba judicial desde que el expediente administrativo es parte del fundamento de la resolución o acto administrativo de que se trate.

La LOPA al regular la sustanciación del procedimiento señaló lo siguiente:

Artículo 51. Iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que de lugar el asunto.

De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexará copia al expediente.

Por su parte la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ) se refiere a los antecedentes administrativos en los siguientes términos:

En los procesos ante la Sala Constitucional el artículo 135 establece que en la oportunidad del auto de admisión, además de otras actuaciones, *"si fuera necesario, se solicitará al demandado o demandada los antecedentes administrativos del caso"*. Por su parte, cuando se establece el proceso contencioso electoral, el artículo 184 consagra la oportunidad de dar cuenta del escrito de la demanda, y la obligación de formar expediente a cuyos fines establece que *"la Sala Electoral remitirá copia de la demanda al ente u órgano demandado y le solicitará los antecedentes administrativos, de ser el caso, así como un Informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con la demanda"*.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA) en el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, consagra el Expediente administrativo en el artículo 79:

Con la notificación se ordenará la remisión del expediente administrativo o de los antecedentes correspondientes, dentro de los diez días hábiles siguientes.

El funcionario o funcionaria que omita o retarde dicha remisión podrá ser sancionado por el tribunal, con multa entre cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y cien (100 U.T.).

III. Significado del expediente administrativo

La Corte Suprema de Justicia (CSJ), en Sala Político Administrativa (SPA), en sentencia de 27-10-1987 estableció la relación del expediente administrativo con la legalidad de la actuación de la Administración. Señaló lo siguiente: *“La inexistencia del expediente administrativo establece una presunción negativa acerca de la validez de la actuación administrativa carente de apoyo documental, que permita establecer la legalidad de su actuación”*.

Luego en sentencia de fecha 12-12-1989, la SPA de la CSJ, precisó el significado del expediente administrativo cuando afirma:

El expediente administrativo constituye una de las piezas indispensables para que la jurisdicción contenciosa-administrativa juzgue con acierto el recurso planteado, a fin de cumplir con las garantías al delicado deber de administrar justicia en las controversias que se plantean entre la Administración y los administrados. Pero no se agota ahí la función del expediente administrativo en el procedimiento contencioso de anulación, pues éste al reflejar el recorrido de formación de la voluntad del acto que se emite es fuente de las alegaciones del administrado a través de la impugnación en vía jurisdiccional y puede así mismo ser objeto del debate probatorio en la oportunidad correspondiente.

Luego en fecha 28-05-1998, la SPA de la CSJ resolvió, visto los distintos criterios que existían hasta ese momento sobre la oportunidad en que la Administración podía consignar en juicio el expediente administrativo, disponiendo que el expediente administrativo debía ser anunciado en la fase de promoción de pruebas y producido en la etapa de evacuación, esto es, dentro del lapso probatorio, con fundamento en el principio de la contradicción y concentración de la prueba, con fundamento en el respeto del equilibrio procesal entre los participantes en un litigio.

IV. Noción y contenido del expediente administrativo

Para la Real Academia Española de la Lengua, por expediente debe entenderse el *“Conjunto de todos los papeles correspondientes a un asunto o negocio. Se usa señaladamente hablando de la serie ordenada de actuaciones administrativas, y también de las judiciales”*. De igual forma, en la séptima acepción permitida por dicha Academia, *“expediente”* es un *“Procedimiento administrativo en que se enjuicia la actuación de alguien”*.

En nuestro país, si bien la LOPA no establece definición alguna de *“expediente administrativo”*, la característica esencial de un expediente administrativo es la ordenación de los documentos, una disciplina que la ciencia administrativa califica de articulación formal de los mismos

con la debida conexión entre ellos, características uniformes que permiten lograr una secuencia lógica de modo, tiempo y manera. Esta actuación es garantía de eficacia administrativa y protección de los derechos e intereses de los administrados que se ventilan en el procedimiento.

La foliación en orden cronológico y salvo el caso de documentos declarados confidenciales (artículo 59 de la LOPA) deberán estar presentes en el expediente administrativo y en todos los documentos que se refieren al caso. La unidad debe tenerla desde su inicio hasta la decisión, aun cuando intervengan en el procedimiento distintos ministerios u entes administrativos.

La finalidad de la norma es constreñir a la Administración a mantener un cuerpo ordenado de documentos de cada una de las actuaciones que realice en el marco de cualquier procedimiento administrativo.

Por tanto, la apertura del expediente y el cuidado de cumplir con las exigencias constitucionales y legales es fundamental para garantizar el derecho a la defensa de los interesados durante su participación en el procedimiento y posteriormente durante su impugnación si fuere el caso en sede administrativa o jurisdiccional del acto definitivo.

Tiene el expediente administrativo la fuerza de combinar e integrar en su unidad física, la promoción y evacuación de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, Procedimiento Civil y Orgánico Procesal Penal o en otras leyes, por tanto las partes disponen de la posibilidad amplísima de apoyar sus alegatos y de disputar la verdad de los hechos.

v. El expediente administrativo en juicio

De conformidad con las normas anteriormente transcritas, es criterio de la SPA del TSJ en el caso de impugnación de documentales contenidas en un expediente administrativo, que el mismo es un conjunto ordenado de todas las actuaciones realizadas en el decurso del procedimiento administrativo que le sirven de sustento a éste, agregando la Sala una afirmación que lo impregna de contenido jurídico cuando afirma: *“el expediente es la materialización formal del procedimiento”*.

Establece la SPA:

En atención a que el expediente conforma la materialización del procedimiento administrativo, es preciso que a fin de garantizar el derecho al debido proceso en sede administrativa, como lo preceptúa el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 eiusdem, el cual establece que “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el

ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, los órganos administrativos al sustanciar los expedientes deben observar las normas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que disponen la unidad, orden y secuencia en la cual se deben llevar dichos expedientes.

Sin embargo, a su vista se constata que el precitado instrumento normativo no indica la manera pormenorizada en la cual deben llevarse los expedientes en sede administrativa, por lo que a fin de administrar los derechos de los particulares con las obligaciones de la Administración dentro del procedimiento administrativo, asegurando la integridad y unidad del expediente, y en atención a lo dispuesto en el único aparte del artículo 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece que “La administración racionalizara sus sistemas y métodos de trabajo y vigilara su cumplimiento. A tales fines, adoptará las medidas y procedimientos más idóneos”, considera esta Sala como procedimiento idóneo aplicable para asegurar la regularidad y coherencia de los expedientes administrativos, lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 25: De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones deben observar el orden cronológico, según la fecha de su realización y la foliatura del expediente se llevará al día y con letras, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario”.

Por tanto el expediente administrativo constituido por el conjunto de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad administrativa deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración; sólo a ésta le corresponde la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos. Lo relevante del orden, exactitud, coherencia y secuencia de los expedientes, dependerá la fuerza probatoria que se desprenda del conjunto de actas que integran el mismo.

VI. El juzgamiento en la jurisdicción contencioso administrativa y el expediente administrativo

La primera consecuencia, se refiere a la inexistencia del expediente administrativo. En este sentido en la sentencia de la SPA referida a Seguros la Metropolitana S.A. la recurrente enfocó la argumentación ante el *a quo* en el expediente administrativo, al sostener la nulidad del acto administrativo por la prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, “*al no haberse dictado dentro del mismo el acta respectiva, donde se notificara al contribuyente de las razones de hecho y de derecho que fundamentaban el actuar administrativo, y la cual una vez notificada, habría permitido el derecho a la defensa de la empresa recurrente.*” Bajo este mismo contexto, fue alegada la no apreciación de las defensas hechas valer por la contribuyente por parte de la

Administración Tributaria Municipal y la violación del principio de globalidad de la decisión administrativa; la inexistencia del expediente administrativo; y otros argumentos de fondo de los actos dictados.

En el caso que se examina, podría decirse que el fundamento de la apelación ante la SPA por parte de la Municipalidad contra la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario que declaró con lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por la empresa, se concreta en que el Juzgador incurrió en silencio de pruebas, al no valorar las que conformaban los antecedentes administrativos.

Por su parte la contestación de la apelación se fundamenta en:

[...] la carencia de valor probatorio del supuesto expediente administrativo consignado en el caso de autos. En tal sentido, expone que la representación fiscal municipal pretendió hacer valer como expediente administrativo un simple conjunto documental que lo único que prueba es el desorden de la Administración y que conllevan a considerar la prescendencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido por ausencia de expediente administrativo [...] todo lo cual configura [...] una violación de los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso.

La segunda consecuencia, se refiere a la presentación extemporánea del expediente administrativo en juicio, es decir fuera de la oportunidad probatoria, momento fijado por la jurisprudencia de la SPA.

La sentencia del caso Grupo Hardwell Technologies C.A. se refiere a una apelación contra la sentencia interlocutoria que negara a abrir la articulación probatoria solicitada por la mencionada empresa conforme lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

La pregunta en este caso, es si el juez estaría obligado a abrir una articulación probatoria establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil a los efectos de que se pueda ejercer el control sobre la prueba contentiva del expediente administrativo y pueda activar las acciones pertinentes con el propósito de atacar el medio probatorio. Disponemos de una sentencia de la SPA que resuelve este punto y se trata de un expediente que fuera consignado después que el Tribunal de instancia dijera *vistos* en el juicio.

El Juez de instancia, el Tribunal Superior Contencioso Tributario, negó la petición de apertura de la articulación probatoria considerando que luego de *vistos*, no corresponde a las partes ejercer actividad alguna de control de prueba, pues esa etapa ya feneció dentro del procedimiento y el análisis del cúmulo probatorio le corresponderá hacerlo al juzgador en la sentencia definitiva. Además de la apelación de la que conoce la SPA la representación judicial del recurrente presentó escrito impugnando el expediente administrativo.

Ahora bien, la sentencia argumenta que el juez *a quo* señaló que valoraría las observaciones sobre el expediente administrativo afirmando que serán tomadas en cuenta en el análisis y decisión de fondo de la causa. La SPA estableció que la sentencia no podía entrar a adelantar opinión respecto a la valoración del expediente administrativo si sobre la tempestividad de su consignación en las actas procesales, de allí que considere que el fallo apelado no lesionó el derecho a la defensa ni al debido proceso, como tampoco a la tutela judicial efectiva, por cuanto declaró con fundamento en sus amplios poderes inquisitivos, que tomaría en consideración tanto las observaciones como la extemporaneidad de la consignación en autos del expediente administrativo.

Queda por constar si la sentencia definitiva que se dictará en este caso se aparta del criterio jurisprudencial de 2007 de la SPA donde se precisó la oportunidad de impugnación del expediente, de acuerdo al momento en que este sea consignado en actas procesales.

La tercera consecuencia para la Administración en un proceso contencioso administrativo ocurre, cuando la Administración a quien se le ha notificado para que remita al Tribunal el expediente administrativo no lo hace *“lo que constituye una grave omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante”*.

El expediente administrativo fue requerido por el tribunal (SPA) en dos oportunidades. La sentencia (caso Aserca Airlines se refiere a actos administrativos sancionatorios –multas– declarado sin lugar por el Ministro de Infraestructura). La decisión llama la atención a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público, señalándoles que abundaron en detalles para justificar la actuación de la administración pero que ambas instituciones no hicieron alusión a la conducta omisiva del Ministerio, vista la falta de remisión del expediente administrativo, más cuando en el caso del Ministerio Público está facultado por disposición constitucional para actuar como parte de buena fe, razón de más para advertir esta omisión.

En el caso concreto, la sentencia recaída en el caso de Aserca Airlines C.A. la SPA primero constata que el Ministerio que dictara los actos impugnados *“no remitió el expediente administrativo que le fuera solicitado por este Tribunal”* y hace referencia a la falta en los alegatos directos de la ausencia del expediente administrativo en juicio, observando que centraron su argumentación en invocar los vicios que atribuyeron a los actos administrativos recurridos.

El caso judicial que comentamos trata de una apelación ante la SPA de una decisión de un Tribunal Superior Contencioso Tributario, y la sentencia apelada hace referencia al desorden del expediente alegado por

la empresa, y decide que aceptando el desorden en el expediente “*carece de elementos para considerar tal desorden como intencional para lesionar los derechos de la recurrente*”.

La SPA resuelve declarar con lugar el recurso de nulidad contra la resolución del Ministerio de infraestructura y establece los siguientes criterios: **(i)** La remisión de los antecedentes administrativos es una carga procesal de la Administración; **(ii)** La falta de expediente administrativo impide el debido examen de la adecuación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al acto administrativo impugnado con el supuesto de hecho contenido en el dispositivo legal; **(iii)** Establece una presunción favorable a la pretensión de la actora y en consecuencia debe declararse forzosamente la procedencia de la denuncia planteada, es decir con lugar el recurso de nulidad interpuesto; **(iv)** Al pronunciarse por la consecuencia de la falta de expediente administrativo en juicio, declara inoficioso pronunciarse sobre los restantes alegatos expuestos por la empresa apelante.

VII. El expediente administrativo como documento probatorio

Desde 1998 la SPA (sentencia N° 300) estableció la especialidad del documento administrativo, configurándolo como una tercera categoría de prueba instrumental, por tanto su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la LOPA.

Esta especial forma de documento escrito dice la jurisprudencia no puede asimilarse al documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Ahora bien, su carácter auténtico deviene del hecho, como lo señalábamos antes, de ser un documento emanado de un funcionario público, con las formalidades exigidas para este tipo de documento.

Es por ello que ha confirmado una y otra vez la SPA que el documento administrativo se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 *eiusdem*) pero sólo en lo que concierne a su valor probatorio, dado que en ambos casos se tiene por cierto su contenido, en tanto que las declaraciones efectuadas en dichos instrumentos no sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad.

Ahora bien, de acuerdo a la persona que incorpore algún acta al expediente administrativo, se pueden dar tres supuestos: **(i)** Los documentos emanados de los funcionarios públicos sustanciadores del procedimiento administrativo, en ejercicio de atribuciones legales, los cuales

constituirán propiamente documentos administrativos; (ii) Los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento; (iii) Los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, entendiendo como partes a la autoridad administrativa sustanciadora del expediente y a los legítimos interesados en el procedimiento, tales como informes emanados de organismos públicos o privados necesarios para la resolución de la controversia, en los términos del artículo 54 de la LOPA.

Visto lo anterior, cada instrumental incorporada al expediente administrativo tendrá el valor probatorio conforme a la naturaleza del documento de que se trate, pero tal como lo ha establecido la SPA los documentos administrativos se valorarán igualmente como un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, en aplicación del artículo 1.363 del Código Civil.

En el caso de una demanda por incumplimiento de contrato, la SPA determinó con fundamento en la sentencia también de la SPA, caso Aserca Airlines C.A. de fecha 28-02-2000 que cuando ha sido establecido el carácter de documento privado reconocido o tenido por reconocido de las pruebas escritas bajo análisis, puede entonces afirmarse que por no tener la naturaleza de instrumentos públicos, éstas han debido ser producidas dentro de los quince días del lapso de promoción de pruebas o anunciarse en él de donde debían compulsarse, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Agrega en esta sentencia que *“No siendo este el caso, pues la parte actora se limitó a producirlas junto con el escrito de Informes, resulta forzoso para esta Sala desechar las copias fotostáticas del memorándum de fecha 05 de junio de 1997 y la de la nota informativa del 14 de julio de 1997”*.

Por otra parte, cuando el impugnante proceda a objetar determinada acta del expediente –no el expediente–, el medio de impugnación dependerá de la naturaleza de la prueba instrumental que se pretenda desconocer, toda vez que el medio de ataque deberá ser, según el caso, el propicio para enervar el valor probatorio del instrumento que se discute. Por ejemplo, si se pretende impugnar un instrumento público inserto en el expediente administrativo, la vía de impugnación será la tacha de ese instrumento.

La Sala Constitucional (SC) del TSJ dictó sentencia en un recurso de revisión donde precisamente los alegatos se centran en que un funcionario de carrera nunca presentó carta de renuncia y que el tribunal *a quo* (Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo) no valoró la prueba grafo técnica para esclarecer que la firma de la carta de renuncia

no era del funcionario, prueba que no fue impugnada por la administración municipal.

La sentencia del *a quo* señala que el expediente administrativo se presentó en copia certificada por la demandada y contiene la carta de renuncia es cuestionada por el demandante y solicita la exhibición del mencionado documento en original. Habiéndose cumplido no puede pretender devolver la carga sobre la veracidad del documento sino que correspondía al accionante. En lugar de solicitar el cotejo o tacha del documento para demostrar su pretensión no produjo ninguna convicción en el sentenciador sobre la falsedad del instrumento, más bien el expediente quedó arropado por el principio de legitimidad del expediente administrativo.

La SC del TSJ consideró en el caso que se comenta que el *a quo* si se pronunció sobre la prueba grafo técnica, para restarle valor probatorio en el proceso; el acto administrativo que contiene la aceptación de la renuncia cuya falsedad no se comprobó según las reglas procesales aplicables, fue en segunda instancia cuando el querellante consignó lo que constituía la prueba fundamental de su pretensión como fue la prueba grafo técnica que demostraría la falsedad de la firma, en lugar de la inacción de la tacha de falsedad, en la primera instancia, tal como el tribunal lo señaló. Estos alegatos se relacionaron con la necesidad de protección de derechos y la SC recordó que la revisión constitucional no tiene por objeto la protección de derechos y declaró la causa como no ha lugar.

¿Qué pasa cuando forman parte del expediente administrativo copias fotostáticas? La solución que acoge la SPA es la que aporta el Código de Procedimiento Civil (texto de aplicación supletoria) cuando el artículo 429 señala que se tendrán como fidedignas si no fueron impugnadas durante el lapso de promoción de pruebas, y si estas copias son producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

De esta manera el juez apreciará las copias simples de documentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, los que presentan semejanza con los documentos administrativos en lo que respecta a su eficacia probatoria.

¿Qué pasa cuando forman parte del expediente administrativo copias certificadas? La SPA insiste en que las copias certificadas del expediente administrativo constituyen una tercera categoría de prueba documental, como lo señalamos *supra*. Ahora bien, advierte que:

[...] no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como una unidad íntegra, es decir, como un conjunto de actuaciones administrativas debidamente documentadas, con las

actas que lo conforman individualmente consideradas, pues en dichas actas poseen su valor probatorio propio según el documento de que se trate.

Así, un documento público que haya sido agregado en copia certificada a un expediente administrativo no pierde su carácter de público y su fuerza probatoria por estar inserto dentro del expediente, ya que deberán ser valorado como lo dispone el artículo 1.359 y 1.360 del Código Civil. También pueden encontrarse en el expediente administrativo elementos que no comportan el carácter de prueba instrumental.

Por tanto, dice la SPA que:

[...] el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, se refiere a la autenticidad que emana de la certificación efectuada por el funcionario público, de que los antecedentes administrativos remitidos al Tribunal son una copia fiel y exacta de su original, es decir, que ese conjunto ordenado de actas son el cúmulo de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad de la Administración, que el particular recurrente pretende que sea revisada en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En otro orden de valoración del expediente administrativo, cuando se invoca el desorden del expediente que conlleva la falta absoluta del procedimiento legalmente establecido por ausencia de expediente administrativo, la SPA en un caso de esta naturaleza, examina los documentos traídos a juicio como expediente administrativo y concluye:

[...] del análisis de las actas del expediente se pudo constatar, específicamente de las que conforman los antecedentes administrativos consignados por la representación fiscal municipal, que en el presente caso, la resolución de multa impugnada no fue precedida de un acta fiscal que señalara las razones conforme a las cuales debía sancionarse a la contribuyente de autos y que permitiera instar un procedimiento donde ésta pudiera hacer vales las defensas que estimara pertinentes para enervar las pretensiones fiscales.

[...]no habiendo sido dictada por parte de la Administración Tributaria Municipal el acta fiscal que diera inicio al procedimiento administrativo...la cual estaba obligada a dictar [...] debe concluir que [...] hubo ausencia del procedimiento legalmente establecido, resultando afectada de nulidad la resolución impugnada.

[...] en atención a la carencia de valor probatorio del expediente administrativo [...] respecto a que tal expediente administrativo consignado [...] no cumplía a cabalidad con los requisitos impuestos por la legislación [...] no obstante haber advertido tales circunstancias, consideró (la Sala) que ello no podía llevar a [...] concluir la intencionalidad de la Administración de lesionar los derechos de los contribuyentes.

VIII. La oposición o la impugnación del expediente administrativo

La oposición y la impugnación de las pruebas son manifestaciones del derecho a la defensa que tienen las partes que quiera objetarla. Mientras la primera constituye una figura preventiva destinada a impedir la entrada del medio probatorio al proceso, la segunda está dirigida a enervar la eficacia probatoria de éste (medio de prueba). La impugnación se dirige a demostrar la falsedad, inexactitud o ilegalidad de una prueba.

La impugnación debe estar dirigida a discutir la exactitud o veracidad de las actas que fueron remitidas por la Administración al Tribunal, bien porque algún acta haya sido mutilada, falseada, cambiada en su contenido, no conste en el expediente remitido o cualquier otro motivo.

De acuerdo al mecanismo de defensa seleccionado para enervar el valor probatorio del expediente administrativo, ya hemos señalado cual es la oportunidad procesal para hacerlo.

Por tanto, al partir de la premisa que la autenticidad del expediente administrativo emana de la certificación efectuada por el funcionario público, la impugnación del expediente administrativo como un todo o alguna de las actas que lo conforman, debe referirse a la falta de adecuación entre las copias certificadas del expediente administrativo que consta en autos y las actuaciones que conformaron el expediente administrativo, para lo cual la parte impugnante deberá producir la prueba en contrario que demuestre la veracidad de sus alegatos, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil en concordancia con el artículo 506 *ejusdem*.

Si la impugnación es a todo el conjunto de copias certificadas, la forma de ataque va destinada a indicar que no se encuentran incorporadas en dicho instrumento probatorio una o varias actas que originalmente la componían, o que las copias certificadas del expediente administrativo no son fidedignas, es decir no se compadecen con el original que se encuentra en poder de la Administración, lo que implica una impugnación al elemento continente (expediente) y no de algún acta específica de su contenido.

Por el contrario cuando se establece la posibilidad de la impugnación de parte del expediente, la objeción debe referirse a la falta de adecuación entre el expediente remitido que consta en autos y las actuaciones que conformaron ese expediente administrativo, bien porque alguna acta determinada haya sido mutilada, falseada, cambiada en su contenido, o por cualquier otro motivo, lo cual tiene como finalidad enervar el valor probatorio que emana de la certificación del funcionario

público, lo que trae como consecuencia que el impugnante deberá señalar el acta o conjunto de actas específicas que desea atacar.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el impugnante tendrá libertad probatoria para producir la contraprueba necesaria tendente a destruir el valor probatorio que emana del expediente administrativo.

Conclusiones

a) El expediente administrativo es la materialización del procedimiento de que se trate. Constituye la prueba natural judicial, no la única, pero sí la central, dentro del proceso administrativo y contencioso administrativo. Se lo califica como requisito para la búsqueda de la verdad material, prueba de importancia medular para el juez contencioso administrativo.

b) Desde la Constitución de 1999 el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva aplica tanto para actuaciones judiciales como administrativas, es decir acceder ante los órganos administrativos para hacer valer los derechos e intereses estaría garantizado en sede administrativa y en la actividad que se despliegue en la instancia judicial.

c) La finalidad del expediente administrativo es constreñir a la Administración a mantener un cuerpo ordenado de documentos, de cada una de las actuaciones que se realicen en el marco de cualquier procedimiento administrativo. Por tanto, la apertura y el cuidado de cumplir las exigencias constitucionales y legales es esencial para garantizar el derecho a la defensa de los interesados durante la participación en el procedimiento administrativo y posteriormente durante la impugnación si fuere el caso en sede administrativa o jurisdiccional del acto definitivo.

d) Si la Administración está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de transparencia y sometimiento pleno a la ley y al derecho, como manda la Constitución, al sustanciar los expedientes la Administración debe observar sus requisitos y estar habilitado el particular para utilizarlo, estas acciones preparan el valor del expediente en el contencioso administrativo.

e) Si el expediente administrativo es el conjunto de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad administrativa, deviene en prueba documental que sustenta la decisión de la Administración.

f) Lo relevante del orden, exactitud, coherencia y secuencia de los expedientes dependerá de la fuerza probatoria que se desprenda del conjunto de actas que integran el mismo.

g) Tres consecuencias marcan el juzgamiento en la jurisdicción administrativa en relación al expediente administrativo: (i) la inexistencia

de expediente administrativo, se pretendió hacer valer como expediente administrativo un simple conjunto documental que lo único que prueba es el desorden administrativo; **(ii)** la presentación extemporánea del expediente administrativo, se negó la apertura de articulación probatoria para el control de la prueba del expediente por haberse dicho vistos, y el *a quo* declaró que valoraría los alegatos en sentencia definitiva; **(iii)** la Administración a quien se ha notificado para que remita el expediente administrativo no lo hace, y el tribunal considera que la falta de expediente administrativo impide el debido examen de la adecuación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al acto administrativo impugnado, con el supuesto de hecho contenido en el dispositivo legal.

h) El expediente administrativo como documento probatorio, desde siempre se le ha considerado un tipo de prueba instrumental, de carácter auténtico por la declaración emanada de un funcionario público; ese carácter auténtico le deviene del hecho de emanar de un funcionario público y cumpliendo las exigencias para este tipo de documento.

i) El documento administrativo se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos sólo en lo concerniente a su valor probatorio, se tiene por cierto su contenido, en tanto no sea objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad.

j) Se dan tres supuestos de documentos dependiendo de las personas que los incorporen: **(i)** los documentos emanados de funcionarios públicos, son propiamente documentos administrativos; **(ii)** los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento; **(iii)** los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, informes emanados de organismos privados para resolver la controversia. Por tanto el valor probatorio está referido o conforme a la naturaleza del documento de que se trate.

k) Si el expediente administrativo tiene copias fotostáticas se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas en el lapso de promoción de pruebas, y si son producidas en cualquier otra oportunidad no tendrán valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte. Si las copias en el expediente son certificadas, si es un documento público agregado en copia certificada a un expediente administrativo, éste no pierde su valor de documento público. Si el expediente enviado al tribunal está certificado por funcionario público, los antecedentes administrativos remitidos son copia exacta y fiel de su original.

l) Se puede oponer al expediente o se puede impugnar el expediente, la primera es impedir la entrada del medio probatorio al proceso, la segunda está dirigida a enervar la eficacia probatoria de este medio

de prueba. La impugnación se dirige a demostrar la falsedad, la inexactitud o la ilegalidad de una prueba.

m) La impugnación del expediente puede ser total o alguna de las actas que lo conforman. La impugnación es a todo el conjunto de copias certificadas, sea porque no se encuentran incorporadas una o varias actas que originalmente lo componían, o que las copias certificadas del expediente no son fidedignas, no se compadecen con el original.

n) Cuando se impugna parte del expediente la objeción debe referirse a la falta de adecuación entre el expediente remitido, bien porque alguna acta haya sido mutilada, falseada, cambiada y por tanto la finalidad es enervar el valor probatorio que emana de la certificación del funcionario, y el impugnante señalar cuál de las actas desea impugnar. En ambos casos el impugnante tendrá la libertad probatoria para producir la contraprueba necesaria tendente a destruir el valor probatorio que emana del expediente administrativo. ■

La aplicación de la teoría de la relación jurídica al Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Henrique MEIER ECHEVERRÍA*

REDAV, N° 23, 2021, pp. 85-135

Resumen: El artículo destaca cómo la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos significó un avance en favor de los derechos de los particulares que se relacionan con la Administración Pública, al hacerse de lado la visión según la cual esta última había de imperar sobre los primeros que se consideraban como meros administrados o súbditos.

Palabras clave: Igualdad – Procedimiento administrativo – Relación jurídica.

Abstract: *The article highlights how the Organic Law of Administrative Procedures meant an advance in favor of the rights of individuals who are related to the Public Administration, by setting aside the vision according to which the latter had to prevail over the first ones. considered as mere managed or minions.*

Keywords: *Equality – Administrative procedure – Legal relationship.*

Recibido

06-07-2022

Aceptado

25-07-2022

Introducción

El Derecho Administrativo tradicionalmente ha sido objeto de un enfoque “normativista”, es decir, como sistema de normas legales y reglamentarias (Derecho objetivo) que regulan la organización y las actividades de la Administración Pública en su condición de instrumento institucional del Estado al servicio del interés público determinado en la Ley. Por esa razón, en los tratados y manuales clásicos de esa rama del Derecho Público, los capítulos fundamentales de esas obras se restringen a la exégesis de las normas relativas a la organización de esa entidad pública, a su actividad (servicios públicos, policía administrativa, actividad de fomento y otras), a los medios de realización de esas actividades (actos administrativos unilaterales, contratos administrativos, actos de administración, expropiaciones, etc.), y en un plano secundario los recursos que pueden interponer los “administrados” contra las actuaciones de dicha entidad protegidas por el principio de “presunción de legalidad” de sus actos, formidable prerrogativa estatal justificada en los supuestos intereses públicos (generales) que procura realizar el Estado-

* Exprofesor de Derecho Administrativo.

administración, conceptuados axiológicamente superiores a los de los administrados (la clásica noción de la “prerrogativas exorbitantes de Derecho Público” de la doctrina francesa). Esa exégesis se complementa con la doctrina jurisprudencial de los tribunales contencioso-administrativos, apegada, asimismo, a la interpretación tradicional de las normas legales, a excepción de sentencias “creativas” que a pesar del legalismo dominante y de la ideología jurídica que rechaza a la jurisprudencia como fuente principal del Derecho, abrieron camino a una concepción más flexible del Derecho Administrativo.

Ese enfoque estatista se centra en la diferenciación de una función propia de la Administración Pública: la función administrativa, diferente de las otras funciones estatales: la legislativa y la judicial. El particular, subsumido en la categoría de “administrado”, figura en un plano secundario, un receptáculo de la acción de administrar cuyo protagonismo se hace presente en forma reactiva, una vez que la actividad administrativa ha producido sus efectos, es decir, cuando ejerce los recursos de ley contra los actos administrativos que lesionen la esfera de sus derechos e intereses legítimos, básicamente por ante la jurisdicción contencioso-administrativa (el clásico recurso por *excès de pouvoir* de la doctrina francesa). Así lo aprendí en las asignaturas Derecho Administrativo General y Derecho Administrativo Especial cuanto estudié la carrera en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela (1964-69), lo que no implica desmeritar a los brillantes profesores que tuve la oportunidad de escuchar sus brillantes lecciones (GONZALO PÉREZ LUCIANI y TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA). Enfoque reforzado en los textos doctrinarios de la época, en particular el Manual de Derecho Administrativo de ELOY LARES MARTÍNEZ y Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia de ALLAN BREWER-CARÍAS. Posteriormente, en el postgrado de Derecho Administrativo que realicé en la Universidad Paris II (1970-71), profundicé la estructura ideológica de esa teoría expresada en las disertaciones de los valiosos profesores: MARCELE WALINE, ROLAN DRAGO y PROSPER WEIL y los manuales y tratados de esa época (*Traité Élémentaire de Droit Administratif* de ANDRE LAUBADERE: II tomos; *Droit Administratif* de JEAN RIVERO; *Droit Administratif* de MARCELE WALINE; *Droit Administratif* de PROSPER WEIL, y otros). Comprendí que esa concepción era elaboración de la “escuela francesa del servicio público”. No que fuera equivocada, con los años comprendería que era sesgada, pero durante unos cuantos años como profesor de esa asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (1976-80) fui fiel a esa escuela, hasta tal punto que en 1976 elaboré unos manuales (apuntes) de Derecho Administrativo II para los estudiantes, cónsonos con la clásica teoría de la actividad administrativa (La actividad de seguridad y defensa de la nación I; La policía administrativa

y el orden público II; La actividad económica del Estado III; La protección del entorno físico y social IV)¹.

Pero, a partir de 1979, luego de asumir el cargo de Consultor Jurídico del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales (marzo de 1979-septiembre de 1983), comencé a cambiar mi percepción estatalista al descubrir que el administrado de los manuales y tratados no era un ente abstracto, sino una persona física concreta o una empresa determinada representada por personas específicas, que pedían audiencia y recurrían los actos dictados por las autoridades de esa entidad ministerial (la llamada administración activa), en procura de justicia para sus derechos e intereses lesionados por un funcionariado convencido de la supremacía del Estado respecto de los particulares. Aprecié las angustias y dramas de hombres y mujeres afectados en sus intereses vitales, tal fue el caso, por ejemplo, de la comunidad de “El Jarillo”² integrada por agricultores descendientes de los colonos alemanes que se asentaron en la Colonia Tovar (1843). Los agricultores de dicha comunidad, ubicada en terrenos que fueron declarados como parte de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, venían soportando los abusos de algunos funcionarios de la dirección zonal 1 del referido ministerio y de la “honorable” Guardia Nacional, empeñados en dificultar la siembra, cosecha y recolección de frutas, hortalizas y verduras, en particular el durazno (principal rublo, además de la fresa y la mora), exigiéndoles requisitos injustificados para la expedición de los permisos correspondientes. Recibí a una delegación en audiencia (abril de 1980), me trasladé a la comunidad en

¹ No escribí sobre los servicios públicos o la actividad prestacional de la administración porque era un tema de la asignatura Derecho Administrativo I del pensum del tercer año, yo fui profesor durante 23 años de la asignatura Derecho Administrativo II o Especial correspondiente al cuarto año de la carrera. El objetivo de esos apuntes era “orientar” a los estudiantes en el estudio de la asignatura. En referencia a los tipos de actuación o actividad de la Administración Pública la profesora de Derecho Administrativo DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO de la Universidad Castilla-La Mancha señala respecto a esa tipología: *“La doctrina tradicional de los tipos administrativos, que tras someterse a sucesivos ajustes sigue vigente en buena medida entre nosotros, se formó en su momento en atención a las diferentes clases de relación jurídico-administrativa trabadas entre Administración y ciudadano según que la actuación realizada por el poder público consistiese bien en ordenar coactivamente actividades privadas, bien en fomentar esta, o bien en prestar un servicio público. Se ha dicho por ello que la doctrina de los tipos administrativos se apoya sobre posiciones dogmáticas fundamentales que determinan la relación entre el particular y la Administración, a la luz de la función o tarea desarrollada en cada caso por esta y de las consiguientes necesidades de protección del individuo”*. La Relación Jurídica en el Sistema de Derecho Administrativo. En Revista de Derecho Público. Teoría y Método. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 2, 2020, Madrid, p. 98.

² El Jarillo es una comunidad de origen alemán en Venezuela, ubicada en los Altos Mirandinos aproximadamente a 30 km de la ciudad de Los Teques y a unos pocos kilómetros de la Colonia Tovar, Estado Aragua.

referencia con el abogado director de estudios y dictámenes, escuchamos las quejas de los agricultores y decidimos elaborar un reglamento especial para facilitar las actividades vitales de esa comunidad, el cual fue aprobado por el Ministro Carlos Febres Pobeda mediante resolución ministerial: entre otras reformas se eliminó la autorización para “desmatonar” –arrancar las malezas y plantas indeseables– los suelos de las parcelas que ya hubieren sido deforestadas a fin de realizar los cultivos estacionales, bastándole al interesado notificar tal actividad al órgano competente. Con posterioridad incorporaríamos ese cambio en una reforma del reglamento de la Ley Forestal de Suelos y Aguas para las zonas agrícolas del territorio nacional. Desde esa función pública pude comprobar el conjunto de prácticas ilegales: la arbitrariedad, el abuso y la desviación de poder, además de la exigencia de requisitos injustificados (requisitología), las sanciones abusivas, las violaciones al derecho de propiedad. En 1981 publiqué un artículo en la Revista Venezolana de Derecho Público N° 10: “El principio de legalidad y la Administración Pública” en el que aludía a esas prácticas lesivas a los derechos e intereses de los particulares que pude constatar entre funcionarios de diferentes rangos de la mencionada entidad ministerial.

Luche con ahínco contra tales conductas, básicamente con ocasión a la revisión de los recursos jerárquicos interpuestos por los interesados por ante el titular de la entidad ministerial en cuestión, recomendando la revocatoria de aquellos actos ilegales dictados por directores de línea y zonales. Además, elaboré con el auxilio del equipo de trabajo de la consultoría jurídica, dictámenes de carácter general (no solo los atinentes a los casos específicos), insistiendo en la obligación de respetar el principio de legalidad administrativa. En las varias reuniones mensuales del “sistema jurídico” (formalizado mediante orden ejecutiva de la máxima autoridad de ese ente ministerial: integrado por los abogados de la consultoría jurídica nacional y los asesores legales de las direcciones generales sectoriales y de línea, y de las direcciones regionales), enfatizaba la obligación de los asesores legales de dejar constancia (escrita) del aludido principio de sumisión de los actos autorizatorios y sancionadores al imperio de la ley, y de la garantía a los derechos e intereses legítimos de los particulares. Esas directrices de la administración consultiva a mi cargo dieron origen a una publicación: “Política, Derecho y Administración del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables” (Universidad Santa María, Editorial Lola de Fuenmayor, 1987). Se me ocurrió denominar a esas directrices la “política jurídica” de dicha entidad pública (en el período 1979-83) pues, así como se habían diseñado por las direcciones competentes políticas de ordenamiento territorial, de gestión de las áreas bajo régimen de administración especial, de la construcción y mantenimiento de obras de infraestructura hidráulica, de información e investigación, las orientaciones jurídicas de carácter transversal (del

sistema jurídico) debían ser tomadas en cuenta por los órganos de la administración decisoria como una política general del MARNR (Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables). Ese afán por garantizar los derechos e intereses legítimos de los particulares (personas naturales y jurídicas) en sus relaciones con la administración activa o decisoria, provocó un cierto rechazo por parte de un funcionariado acostumbrado a subestimar, imbuido de la ideología estatalista, la esfera jurídica de los “administrados”. Se difundió el malicioso rumor de que el consultor jurídico era “el abogado de los particulares”³. En muy excepcionales ocasiones las peticiones de reconsideración de los actos de autoridad fueron declaradas con lugar (usualmente ni siquiera se les daba la respuesta oportuna, ratificando mediante el silencio administrativo la decisión inicial) forzando a los afectados a recurrir por vía jerárquica, trasluciendo una suerte de “soberbia administrativa” derivada de la cómoda posición de formar parte del Estado (“el Estado siempre tiene la razón”), que prevalecía (y ahora supongo que seguirá prevaleciendo dado el cariz autoritario del régimen de poder) en las representaciones mentales de los funcionarios. Por ese motivo, recibí con alborozo la sanción y promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aunque estaba consciente de las resistencias que presentaría su aplicación por parte de los agentes administrativos portadores de la

³ Algo semejante me ocurriría cuando siendo consultor jurídico de la Presidencia de la República me opuse a la iniciativa de reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal del Procurador General de la República de entonces, cuyo objetivo era la procedencia del trámite de extradición con base en los autos de detención dictados por los jueces de instrucción contra los “banqueros prófugos” dictados por los tribunales de instrucción en el momento de la llamada “crisis bancaria” (1994), sin esperar la decisión de los juzgados superiores en los casos de apelación de dichos autos. En carta que le remitiera a ese alto funcionario (publicada en Google, véase Henrique Meier Echeverría) señalaba los abusos que se habían cometido con esos autos de detención (más de 450: autos de detención corporativos), afectando a suplentes de directivos de los bancos intervenidos que no habían participado en las decisiones supuestamente fraudulentas de las entidades financieras. Los jueces se limitaban a considerar el listado de los directivos de las entidades bancarias, incluyendo los suplentes. Un reconocido articulista de la época, ex gobernador del Distrito Federal, publicó un artículo en el diario El Mundo acusándome de abogado de los banqueros prófugos, todo por defender la presunción de inocencia, y denunciar esos juicios de opinión pública que condenaban indiscriminadamente a ciudadanos por el solo hecho de formar parte de la “corrupción bancaria”. El drama de una “justicia politizada” y la cacería de brujas promovida desde el propio gobierno. Uno de los partidos del denominado “chiripero”, el MAS, pegó carteles en varios puntos de Caracas con las fotos de los “banqueros prófugos” y el clásico “Se busca”. La mencionada carta, con copia al Presidente de la República y al Ministro de la Secretaría, fue utilizada por Gustavo Gómez López en su demanda contra la República de Venezuela por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Presidente de la República, Rafael Caldera, me reclamaría esa iniciativa varios meses después de haberme designado Ministro de Justicia, aun cuando se la había hecho llegar con anterioridad.

mencionada ideología⁴. Además, las trabas y negativas al reconocimiento de las posiciones jurídicas legítimas de los particulares, permitían a no pocos funcionarios lucrarse solicitando sumas de dinero para resolver en forma favorable las peticiones (la llamada “coima”, “soborno”, “mordida” en México, “bajarse de la mula” en el país). En el ámbito de mi función docente como profesor de Derecho Administrativo II (UCAB), el conocimiento directo de las prácticas abusivas inveteradas del funcionariado, y la vigencia formal de la novísima Ley, me llevaron a cambiar el enfoque “estatalista” que había guiado mis clases, reformando progresivamente el programa de la asignatura conforme a la Teoría de la

⁴ EVGENI B. PAŠUKANIS (Jurista ruso: 1891-1937) en su obra *Teoría General del Marxismo y el Derecho* (Editorial: Editorial Labor, España, 1976) analiza cómo una ley mantiene su vigencia real, aunque formalmente hubiere sido derogada, por medio de las prácticas surgidas en el lapso de tiempo de su aplicación. Es el horizonte de vigencia del viejo derecho que obstaculiza la aplicación de la nueva ley. Se refería el jurista al horizonte de vigencia efectiva del derecho burgués que, expresado en prácticas administrativas y judiciales, dificultaría la aplicación del derecho socialista surgido de la revolución bolchevique. En un seminario realizado en la Colonia Tovar (año 1996) con el objeto de analizar la puesta en ejecución del Código Orgánico Procesal Penal, con la participación de la presidenta de la CSJ, el fiscal general, el presidente de la comisión bicameral del parlamento y otras personalidades, expresé, conforme a ese principio de sociología jurídica, mis temores acerca de la resistencia por parte de los funcionarios del sistema judicial penal (jueces, fiscales del ministerio público, policías) y los propios abogados litigantes en esa materia, respecto del nuevo régimen jurídico acusatorio que de alguna manera supondría pérdida de poder a los protagonistas del tradicional régimen inquisitivo. Las prácticas desarrolladas durante un siglo de vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal no serían sustituidas con la mera promulgación del nuevo código, en especial al abusivo poder de los jueces, fiscales y policías derivados del “secreto sumaria” y de la presunción de culpabilidad del auto de detención. Rechazaron mis observaciones. Y hasta hubo desagrado cuando expresé el síndrome del “mito de la ley” o la creencia de que con la mera sanción de una ley se puede cambiar la sociedad (el poder mágico de la ley). Al respecto publiqué en soberania.org (clausurada por la dictadura en el 2016) un artículo denominado “El Estado como fábrica de leyes”: *“El populismo jurídico se expresa particularmente en ese ‘constitucionalismo de pacotilla’, o la supuesta virtud de la Constitución como deshacedora de entuertos del pasado y partera de nuevos tiempos de ‘felicidad colectiva’. La Constitución como instrumento de ‘refundación’ de la República, el Estado y la sociedad (Preámbulo de la Constitución de 1999). ¿Cuántas? en nuestra accidentada historia republicana: ¿Veintitrés? ¿Veinticinco? Nada más lejano de la realidad, la terca realidad, que esa errática idea del poder transformador de la ley, capaz, por sí misma, de modificar las conductas sociales (‘On ne change pas une société par décret’, Michel Crozier). Esa modalidad de populismo está vinculada con el tema de la ‘cultura como variable independiente’, en este caso la ‘Cultura Jurídica’, que poco o nada es objeto de reflexión en las escuelas de Derecho de nuestras universidades, como tampoco por la doctrina de los autores y los operadores del ‘sistema judicial’ (en particular, los jueces). La ‘Cultura Jurídica’ entendida como conjunto o sistema de creencias, signos, símbolos, prácticas sociales, acerca del valor de lo jurídico y su función en los procesos de regulación, control y mediación de la vida social (El Derecho como función social)”*.

Relación Jurídica aplicada al ámbito del Derecho Administrativo⁵. Esa reflexión me condujo a escribir dos obras fundamentales: Teoría de las Nulidades en el derecho administrativo (Editorial Alva, 1991, 2000) y el Procedimiento Administrativo Ordinario (Editorial Alva, 1992).

La Teoría del Derecho Administrativo que podríamos llamar "tradicional", reitero, no sólo consiste en una aproximación parcial, y por tanto limitada, a la realidad jurídica del Derecho Administrativo, sino indubitablemente sesgada y condicionada por la ideología estatalista, como antes he señalado. Es cierto que este Derecho en sus instituciones fundamentales es una creación del Estado, y que el principio de legalidad, considerado la piedra angular de la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, tiene su fuente directa en el Derecho legislado. También es cierto que la Administración Pública es una organización del Estado al servicio de unos intereses de naturaleza institucional, pero, no lo es menos, el que esa organización se comporta como un sujeto de derecho cuando ejerce los poderes jurídicos que le confiere la Ley para la ejecución de sus cometidos, vinculándose con otro sujeto de derecho, el administrado o particular que carece de relevancia jurídica para la teoría normativista (objetiva) del Derecho Administrativo. En el contexto axiológico del Estado de Derecho el particular no debería ser conceptualizado como un simple administrado que se halle en una posición pasiva soportando la acción de administrar de un sujeto activo: la Administración, limitándose a reaccionar (recursos), por ante la jurisdicción contencioso-administrativa una vez que el sujeto dotado de esa posición exorbitante y privilegiada (doctrina francesa) le creare una situación gravosa en su esfera jurídica. Es lo que se pretendió corregir con la LOPA, con fundamento en la condición ciudadana del particular garantizada formalmente en la Constitución Nacional: sujeto titular de unos derechos inalienables garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que operan como límite formal infranqueable a la actuación administrativa⁶. El Derecho Administrativo

⁵ I. La aplicación de la Teoría de la Relación Jurídica a la enseñanza del Derecho Administrativo. II. Los sujetos de la relación. El sujeto administrativo. La Administración Pública. La posición jurídica del sujeto administrativo. Teoría de las potestades. III. El particular o interesado. Su posición jurídica. Teoría de los derechos e interés legítimos. IV. El nexo o vínculo de la relación: el acto administrativo. Teoría de los actos administrativos. Teoría del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo, la formación de los actos administrativos y la participación de los interesados. El procedimiento administrativo ordinario y los procedimientos especiales. V. El control de la legalidad de los actos administrativos y los medios de impugnación de los actos afectados de ilegalidad. La Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo.

⁶ Esa transformación, según la profesora DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, en su artículo, antes citado, ha de tener como punto de partida la transformación de las posiciones de ciudadano y Administración, ya que éstas "no se corresponden

ya con las propias de la teoría de la relación jurídica forjada durante las primeras etapas históricas del Derecho administrativo. Sin embargo, de modo inercial, continuamos en buena medida utilizando esa teoría clásica de manera más o menos implícita, sin revisar de manera completa su significado, y sin caer suficientemente en la cuenta de que aquella condiciona decisivamente el modo en que se formaliza y transmite el conocimiento entre los miembros de la comunidad científica. A pesar de que el Estado constitucional y el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos han impulsado la contemplación en clave subjetiva del Derecho administrativo, la dogmática de la disciplina está encontrando dificultades de adaptación debido al lastre de las elaboraciones técnicas de la doctrina clásica, condicionadas por el marco jurídico autoritario procedente del pasado. Del lado del ciudadano, la opción constitucional por la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) ha supuesto la superación de la antigua figura del súbdito y su sustitución por la del ciudadano activo, que participa en la definición y satisfacción del interés general (Estado democrático), cuyas posiciones jurídicas son merecedoras de tutela judicial plena (Estado de Derecho), pero que puede ser legítimamente instrumentalizado en favor del colectivo siempre y cuando se respeten ciertos límites, y, en particular, siempre que se ponderen todos los intereses en juego y se satisfagan en la medida de lo posible (Estado social). Frente a la consideración del individuo como mero objeto pasivo de la actuación administrativa, merecedor –en el mejor de los casos– de defensa frente a ella, el nuevo marco constitucional y europeo ha ampliado la perspectiva para configurar al ciudadano como sujeto activo y corresponsable. Ello conduce irremisiblemente a la necesidad de repensar categorías subjetivas heredadas, como –en particular– la del deber en sentido técnico, la del interés legítimo o la del derecho público subjetivo. Además, y a pesar de no reconocer derechos subjetivos judicialmente actuables de forma directa, el denso contenido social de los principios rectores recogidos en los arts. 39 a 52 CE ha contribuido también a fomentar la perspectiva subjetiva en el Derecho administrativo español, en la medida en que impone a todos los poderes públicos el deber de tomar en consideración las especiales necesidades de protección de determinados colectivos, como los hijos menores y madres (art. 39 CE), los jóvenes (art. 48 CE), los minusválidos (art. 49 CE), los ancianos (art. 50 CE), o los consumidores y usuarios (art. 51 CE). Mención especial merece aquí la consagración constitucional de los derechos fundamentales y en particular, por su repercusión sobre el Derecho administrativo, el reconocimiento de su dimensión objetiva. Al precisar que los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos de los ciudadanos, sino también valores objetivos que irradian el ordenamiento en su conjunto, la llamada vertiente objetiva de los derechos fundamentales ha contribuido a la aproximación en clave subjetiva al Derecho administrativo, pues imponer sobre los poderes público deberes jurídicos de protección que derivan directamente de la norma constitucional. Como es sabido, una de las principales consecuencias de esta aproximación –consolidada a partir de la Sentencia Lüth en Alemania y de la STC 53/1985 en España– ha sido la ‘acreditación’ de la organización y el procedimiento administrativo como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales, así como para ‘compensar posiciones constitucionales encontradas’. Con ello, organización y procedimiento han pasado a quedar inextricablemente vinculados a las situaciones jurídico-subjetivas sobre las que se proyectan, dejando de ser únicamente mecanismos que facilitan y ordenan la actuación y el control de la Administración”. Dolores Utrilla Fernández-Bermejo. *Opus cit.*, pp. 75-77.

en el Estado de Derecho debería constituir el régimen jurídico de las relaciones jurídicas entre la Administración y el particular, superando, como antes señalé, la ideología estatista que postula un vínculo de poder, y, por consiguiente, la sujeción de la persona física o jurídica a las potestades exorbitantes del Estado-administración. De ahí la exigencia principista y metodológica de examinar esa disciplina jurídica a la luz de este nuevo enfoque. La conceptualización del vínculo entre la Administración Pública y el particular como una relación entre dos sujetos de derecho, superando el tradicional concepto de la “relación de poder” o de sujeción derivado de la doctrina clásica heredera del absolutismo monárquico europeo y de los regímenes autoritarios (autocracias, dictaduras) en América Latina⁷, se formalizó en el sistema jurídico-positivo

⁷ En España y otros países de la Unión Europea, la doctrina del Derecho Administrativo ha comenzado a modificar el enfoque normativista (objetivo), por el subjetivo o la Teoría de la Relación Jurídica y las posiciones jurídicas de la Administración y el particular. Al respecto, la profesora DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO en su artículo, antes citado, expresa: “Desde hace largo tiempo, sin embargo, la construcción científica del Derecho administrativo en España –sobre todo por lo que respecta a su parte general– ha relegado a un segundo plano la perspectiva subjetiva (esto es, la dimensión relativa a las posiciones jurídicas correlativas de los sujetos que interactúan bajo normas de Derecho administrativo) para centrarse, de manera prioritaria, en su dimensión objetiva o formal. Dicho sea, con todas las cautelas que exige cualquier generalización, la narrativa de la ciencia del Derecho administrativo español es una centrada en el lenguaje del Derecho objetivo, más que en el del derecho subjetivo y del resto de posiciones jurídicas de los sujetos disciplinados por esta rama del ordenamiento. Frente a este escenario de partida, en las páginas siguientes se mantiene la tesis de que la ciencia del Derecho administrativo español debe acometer la tarea de incorporar a la parte general de la disciplina una teoría renovada de la relación jurídico-administrativa, como herramienta dirigida a posibilitar un adecuado análisis del ordenamiento administrativo desde la perspectiva de sus sujetos. Esta afirmación se sustenta, a su vez, en dos premisas. La primera de ellas es que complementar la construcción científica del Derecho administrativo a través de la perspectiva subjetiva es una exigencia derivada de la concepción constitucional y europea del ciudadano, así como de la propia Administración. La segunda es que esa complementariedad es irrenunciable como medio para superar las insuficiencias que una construcción doctrinal predominantemente objetiva o formal presenta para dar acabada respuesta a las necesidades de protección de los derechos individuales y de eficacia de la actuación administrativa en la satisfacción de los intereses generales. En este punto resulta necesario realizar dos precisiones adicionales, ambas referidas al alcance con que se maneja la noción de ‘subjetividad’ o ‘perspectiva subjetiva’. Por una parte, debe aclararse que este concepto se emplea aquí por oposición al análisis o perspectiva objetiva, que alude al interés por el estatuto jurídico de la Administración pública considerado en relación con el ordenamiento jurídico o Derecho objetivo. La perspectiva objetiva es, por tanto, un enfoque analítico en el que las nociones centrales son las de legalidad y control y en el que los sujetos que interactúan con la Administración no son contemplados prioritariamente como partes activas de dicha interacción, sino como meros objetos de la actuación administrativa. Asimismo, conviene recordar que las posiciones jurídicas correlativas de Administración y ciudadano han servido

históricamente para definir y regular el régimen del acto administrativo y, sobre todo, del procedimiento administrativo institución que simboliza como pocas la posición del ciudadano ante la Administración y que se ha articulado tradicionalmente como mecanismo de defensa de aquel frente a esta. En coherencia con ello, el concepto de interesado en el procedimiento depende de la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo (art. 4 LPACAP); los vicios de forma y procedimiento adquieren relevancia invalidante, fundamentalmente, cuando producen indefensión (art. 48.2 LPACAP); existe obligación de motivar cuando se limitan derechos subjetivos o intereses legítimos, o cuando el acto es, por diversos motivos, desfavorable para el interesado (art. 35 LPACAP); el régimen de revisión de oficio y revocación de los actos encuentra límites diversos en función de la existencia o no de efectos favorables para los interesados (arts. 106 a 110 LPACAP); los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos dependen del tipo de obligación impuesta por aquellos (arts. 97 a 104 LPACAP), etcétera. En España, varios autores han señalado durante los últimos años la necesidad de acudir a la perspectiva subjetiva para abordar el tratamiento dogmático de determinados modos de actuación administrativa que desbordan los márgenes de la dogmática objetiva tradicional. En esta línea, algunos han comenzado ya la tarea de revisar la entera teoría de la relación jurídica de Derecho administrativo, la doctrina de las situaciones jurídico-subjetivas del ciudadano, o han destacado la utilidad ordenadora de la construcción de una tipología de relaciones jurídico-administrativas. Un proceso de revitalización similar, aunque considerablemente más intenso, ha tenido comienzo varias décadas atrás en el que probablemente sea el país que mayor influencia académica despliega sobre el Derecho administrativo español contemporáneo: Alemania. Debido –fundamentalmente– a la configuración tuitiva de derechos de su contencioso-administrativo, la aproximación subjetiva al Derecho administrativo nunca llegó allí a quedar relegada de la misma manera que entre nosotros. Sin embargo, el tratamiento teórico de la relación jurídico-administrativa constituye un fenómeno relativamente reciente, cuyos inicios suelen datarse en 1965. A partir, fundamentalmente, de las reuniones de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1971 en Ratisbona y de 1986 en Múnich, la figura de la relación jurídico-administrativa y su potencial dogmático comenzaron a ser objeto de intensa discusión doctrinal. Como consecuencia de ello, desde la década de 1990 es habitual la presencia de estudios específicos sobre la relación jurídico-administrativa en los manuales y tratados contemporáneos de Derecho administrativo general alemán. Este renovado interés se ha plasmado, además, en el desarrollo de un buen número de explicaciones sistemáticas de figuras generales y sectoriales del Derecho administrativo alemán enfocadas desde una perspectiva subjetiva. En Italia, el fortalecimiento del interés científico por las relaciones jurídico-administrativas (*rapporti giuridici di diritto amministrativo*) se produjo de manera más temprana, durante la primera mitad del siglo xx. Desde entonces, la figura de la relación jurídica ha sido utilizada allí como elemento ordenador de algunas de las más destacadas exposiciones teóricas del Derecho administrativo general (como las de Vitta, Forti, Sandulli, Alessi, Zanobini, Giannini, y Cassese), además de encontrar un desarrollo destacado en las obras de Carnelutti, Cassarino y Romano. No obstante, se ha criticado en Italia que, tradicionalmente, la atención dedicada al individuo en la ciencia del Derecho administrativo ha sido muy limitada (como mero sujeto pasivo de la potestad administrativa hasta mediados del siglo xx), así como que 'la construcción del interés legítimo, debido a su amplitud y complejidad, ha oscurecido la importancia de las posiciones y de las situaciones jurídicas propias del particular en sus relaciones con la Administración pública'. Francia ha sido el país

con la sanción y aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982), y la subsecuente doctrina de los tribunales contencioso-administrativos en su función de control de la legalidad de los actos administrativos con la sustanciación y decisión de los recursos de ley interpuestos por los interesados. Hasta el momento de la sanción de la mencionada ley que este año ha cumplido 40 años de vigencia “formal”, los particulares solo podían defender sus posiciones jurídicas haciendo uso de la Doctrina jurisprudencial de la Antigua Corte Federal y de Casación y de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Y digo vigencia “formal” porque aún en el contexto del frágil Estado de Derecho de los 40 años ininterrumpidos de la democracia representativa (1959-99), persistió en el seno de las diferentes administraciones públicas (nacional, estatal y local) el autoritarismo burocrático, la inversa creencia de la supremacía del funcionariado sobre los particulares. El funcionario público como agente del poder, de cuya decisión depende la resolución de asuntos vitales de la esfera de los intereses de un “administrado” que no es percibido cual ciudadano titular de derechos garantizados en la Constitución y la ley. La cultura del poder que desciende desde las altas esferas gubernamentales atravesando la estructura administrativa hasta el pequeño funcionariado. Ese tener “el sartén por la manga”, expresión nada jurídica, más expresiva de la sociología administrativa del país. Por esa razón, se afianzaron las prácticas características de la corrupción administrativa: el tráfico de influencias, el soborno, la discriminación por motivos políticos. Que si existieron antes de la vigencia de la mencionada Ley, y aun después de su puesta en vigor, hoy, con la definitiva demolición del carácter institucional del Estado planeada y ejecutada desde la asunción al poder de Hugo Chávez Frías (1999-2013) y posteriormente su heredero, el ilegítimo Maduro (2013-¿?), la llamada “revolución bolivariana”, la corrupción se ha extendido y profundizado convirtiéndose en un sistema político y social, que no he dudado en denominar la “corruptocracia” o la “corrupción es el sistema”⁸.

de nuestro entorno donde la aproximación en clave subjetiva y, con ello, la teoría de la relación jurídica, han tardado más tiempo en introducirse en el Derecho administrativo y en su construcción científica. Tradicionalmente, las exposiciones generales de la disciplina han hecho alusión allí a estos extremos de manera extremadamente residual, y solo a los efectos de construir el sistema de la jurisdicción administrativa como mecanismo de garantía del principio de legalidad”. Id., pp. 85-88.

⁸ *La corrupción es el sistema.* Publicado en la página web soberanía.org, clausurada en el 2016 por el régimen chavista. Mientras en los 40 años del Estado democrático de derecho se hablaba de casos específicos de corrupción, en el presente no es aventurado decir que la corrupción ha invadido todas las esferas de la vida social. Se han multiplicado las mafias de toda índole. No hay ámbito de las relaciones de intercambio usuales de la vida económica y social que escape a la madeja de las corruptelas, sustituyéndose la función social del derecho por las prácticas

Mientras el Estado se fue institucionalizando, modernizando y democratizando desde el gobierno de Eleazar López Contreras (incluyendo los 10 años de la dictadura militar en lo que respecta a los dos primeros procesos mencionados), desde hace 22 años ha venido ocurriendo lo contrario. El actual régimen de poder, aunque realiza periódicas elecciones al igual que la dictadura cubana, no deja de constituir un sistema dictatorial, llamado por algunos, entre los que me encuentro, como una dictadura. Pero, no es ese el objeto de este breve aporte al número de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano con motivo de los 40 años de sanción y vigencia formal de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), sino resaltar cómo a partir de aquella novedad legislativa el Derecho Administrativo no podía continuar legitimándose ideológicamente en la tradicional lectura de la relación de poder-sujeción entre la Administración, protagonista fundamental de esa doctrina, y el particular. En efecto, la LOPA, trajo consigo una nueva perspectiva, un nuevo paradigma cónsono con los postulados del Estado de Derecho: La Teoría de la Relación Jurídico Administrativa aplicada al ámbito de los vínculos entre la Administración y el particular. En sentido, abordaré la aplicación de la Teoría de la Relación Jurídica al campo del Derecho Administrativo, recordando la noción de relación jurídica (I), para luego analizar las circunstancias determinantes en la aplicación de esta teoría al Derecho Administrativo (II), y finalizar con el concepto, las características y una clasificación de las relaciones jurídico-administrativas (III) y la conclusión de rigor.

I. Concepto de relación jurídica

1. Forma parte de la Teoría General del Derecho

Con frecuencia se tiende a imputar conceptos y principios de lo jurídico en general al Derecho Civil, olvidando que tanto el Derecho Privado como el Público tienen una base común y que determinadas categorías son aplicables a ambos campos del Derecho. Es lo que ocurre con conceptos tales como: persona jurídica, sujeto de derecho, derecho subjetivo, potestad, deber jurídico, relación jurídica, acto o negocio jurídico, acción, recurso, etc. Podría hablarse de categorías conceptuales esenciales a lo jurídico como saber o ciencia cuyo objeto de estudio es la vida humana objetivada (RECASENS SICHES). El Derecho, al mismo tiempo que una ciencia con objeto y método propios, es ciertamente un hecho social objetivo, un fenómeno humano, o si se quiere, una función social

mencionadas con anterioridad. Y no es sólo la demolición del Estado institucional en su versión democrática y de derecho, ya que difícilmente puede decirse que la sociedad venezolana actual sea una formación social organizada por la instancia jurídica. Sobre el particular escribí un ensayo (inédito) titulado "Aproximación al fracaso de la función social del Derecho en Venezuela".

cuya existencia no exige de mayor comprobación, pues, está presente allí, donde hay una comunidad o sociedad de hombres ordenados y organizados bajo una estructura de autoridad (el Estado)⁹. No imaginé que podría existir una excepción a ese postulado, pero lo que está sucediendo en Venezuela, una sociedad a la deriva, al garete, carente de seguridad jurídica básica, controlada por un poder fáctico de carácter criminal, pareciera confirmar la posibilidad de una formación social en la que lo jurídico ha sido desplazado por prácticas antijurídicas.

⁹ Es necesario distinguir lo jurídico como hecho o fenómeno objetivo presente en las sociedades modernas, articulado a lo político, lo institucional, lo social, lo económico y lo cultural en general, de la ciencia que se ocupa del estudio, sistematización e interpretación de tal fenómeno. Como fenómeno social lo jurídico se caracteriza por su complejidad ya que comprende diversas dimensiones: la normativa o formal, el conjunto de disposiciones normativas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado y una sociedad; la valorativa o axiológica, esto es, los valores incorporados en las diferentes normas como desiderátum a realizar con su aplicación concreta en la vida social; y la dimensión práctico-social-existencial o la relación dialéctica entre el deber ser normativo y el ser social real, o el grado de aplicación efectiva del ordenamiento jurídico. Esas tres dimensiones de lo jurídico no deben soslayarse, pues se corre el riesgo de incurrir en un enfoque sesgado y simplista de una realidad compleja. Los estudios en las distintas facultades y escuelas de Derecho de nuestras universidades se caracterizan por el marcado énfasis en la dimensión normativa-formal de dicho fenómeno. Cada año se gradúan legiones de abogados con una pobre y acrítica concepción del Derecho, formados en la superada escuela exegética, repetidores de conceptos legales, ávidos, no pocos, de integrar algunas de las mafias que controlan el sistema judicial, o de organizar una propia, indiferentes a los gravísimos y crónicos problemas que afectan a la administración de justicia en un país en el que ya no existe ni sombra de un Estado de Derecho. Antes aludimos al fenómeno del Derecho como una expresión de vida humana objetivada en normas, instituciones estatales y no estatales, prácticas sociales, actos estatales y de los particulares, y sistema de valores. Es en ese sentido que el Derecho consiste en un dato de la realidad social. Y si es verdad que lo jurídico pasa de su fase estática (la dimensión normativa) a la dinámica cada vez que una parte del ordenamiento jurídico se aplica a personas situadas en circunstancias específicas de tiempo y lugar, a relaciones sociales jurídicamente relevantes, no es menos cierto que, aunque la vida humana objetivada en las normas se subjetive en sujetos de derecho singulares, esa vida existe como un dato que permanece cuando los humanos abandonamos este mundo. Al nacer el individuo se encuentra con lo jurídico: entramado de normas, relaciones sociales juridificadas, instituciones, un orden de valores objetivado, que van a condicionar, encauzar y regular la mayor parte de sus actos sociales; y al morir, el Derecho continuará reglando los efectos inmediatos de su muerte (sucesión hereditaria). Morimos y el orden jurídico permanece. Dejamos de ser sujetos de derecho, pero el Derecho no deja de ser. He allí una paradoja: sin las personas naturales y jurídicas a las que se aplica el Derecho carecería de sentido, y al mismo tiempo como dato real trasciende a cada uno de nosotros. Ahora bien, si el Derecho es parte de la realidad humana, de la sociedad y la cultura, es lógico que su comprensión requiera de su estudio científico. Meier, Henrique. Introducción al estudio del derecho. Impresos Casamayor, Caracas 2009, pp. 63-64.

El Derecho, tanto en su dimensión de hecho o dato social, como en la de ciencia social o ciencia de la conducta humana en sociedad, se expresa en un conjunto de categorías conceptuales que le dan su especificidad y sin las cuales no hay forma de entender el fenómeno jurídico. Se trata de las categorías jurídicas comunes o generales, ordenadas y sistematizadas por la Teoría General del Derecho. Una de esas categorías fundamentales es la relación jurídica.

2. El tema de la relación jurídica nos conduce necesariamente a referirnos, así sea someramente, a la doble perspectiva de lo jurídico

A. Perspectiva normativa (la estática jurídica)

El Derecho se muestra, a primera vista (desde fuera) como un sistema de normas objetivas socialmente vinculantes que pueden ser impuestas *Non Volens* (quieras o no) por medio del uso de la fuerza del Estado (coacción). Al aproximarnos a ese sistema (ordenamiento jurídico) vamos a encontrar el prototipo de normas que expresan reglas de conducta enunciadas en un lenguaje genérico, abstracto e impersonal¹⁰. En pocas palabras, el ordenamiento jurídico-positivo de un Estado integra el conjunto de disposiciones jurídicas válidas (exigibles, coercibles) en un tiempo y espacios dados. En esta primera aproximación lo jurídico muestra su lado estático y se confunde con la noción de ley, de reglamento, de norma formalizada en una estructura de conocimiento, que al mismo tiempo opera como cauce formal, regular, de expresión de la voluntad del Estado en aquellos países de Derecho estatal, escrito, legislado. Es conveniente aclarar que, aunque hablamos del momento estático del Derecho, es obvio que el ordenamiento jurídico de un determinado Estado no es una estructura de normas estáticas, pues el proceso de sanción, modificación y derogación de normas es una función permanente que implica una dinámica normativa (rasgo dialéctico del ordenamiento en su momento normativo). Sin embargo, esa dinámica es formal, es intrínseca a la realidad abstracta, genérica e impersonal del mundo normativo. Hasta tanto las normas no se apliquen a situaciones concretas, lo que incluye el proceso o fase de interpretación de las mismas, el Derecho, en nuestro concepto, se mantiene en un “estadio

¹⁰ El ordenamiento jurídico contiene otro tipo de normas: los principios jurídicos (el Derecho por principios) que no establecen reglas específicas de conducta, sino orientaciones axiológicas generales para la interpretación y aplicación de las normas-reglas, como también para que los jueces inspirados en esos principios formulen una regla aplicable a un caso específico cuando se presenten vacíos normativos y con el auxilio de la analogía tampoco puedan administrar justicia, declarar el derecho en el caso *subjudice*. Tal es la función de los denominados “Principios generales del derecho”. Asimismo, en el universo de los ordenamientos jurídicos se prevén reglas de organización institucional que no implican conductas dirigidas a sujetos abstractos y genéricos.

potencial”¹¹. Esa potencialidad indica que el Derecho en su perspectiva normativa, al igual que cualquier otro tipo de norma (moral, ética, religiosa, regla del trato social) forma parte de la esfera del “deber ser”.

Afirmar la naturaleza normativa del Derecho y señalar al mismo tiempo que el derecho es un conjunto de normas supone reconocer que el Derecho pertenece al mundo del deber ser. En efecto, las normas jurídicas son expresión del deber ser. No son descripciones de la realidad. A través de ellas no se pretende describir o dar cuenta de lo que ya existe, sino modificar, cambiar, transformar o incluso mantener lo que ya existe. El Derecho, por tanto, interviene en la realidad. Por eso las normas jurídicas son expresión de una determinada voluntad; es esa voluntad la que quiere que se transforme la realidad en un determinado sentido, que los individuos se conduzcan de determinada manera y la que establece qué consecuencias se derivan del incumplimiento de los criterios de comportamiento establecido¹².

El Derecho adquiere vida plena cuando es objeto de aplicación, bien de manera voluntaria y espontánea por sus destinatarios, o por medio de la coacción estatal. En mi concepto la llamada “plenitud del Derecho” no es otra cosa que el “Derecho vivo”, es decir, cuando las normas jurídicas regulan en la vida social las relaciones intersubjetivas entre los sujetos de derecho. El Derecho no es obra artística para ser admirado, producir emoción estética, sino vida humana objetivada en normas que necesariamente han de llevarse a la práctica para que realicen su función social. El Derecho ineficaz es la negación de lo jurídico desde la perspectiva axiológica o de los fines que debe realizar el sistema jurídico en cualquier sociedad nacional: asegurar un grado razonable de justicia, y, en consecuencia, la paz pública, el orden en la convivencia. De lo contrario, carece de importancia, de utilidad social, convirtiéndose en un mero artificio superfluo, distracción intelectual de los supuestos “científicos del Derecho”. Lo estático lo predico respecto de la consideración de la norma en sí, de su dimensión estrictamente formal. Para que se comprenda este punto de vista voy a citar un ejemplo. En marzo de 2006 la Asamblea Nacional sancionó una Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio con una *vacatio Legis* de seis meses, es decir, que dicha Ley entraría en vigencia, y, por tanto, podría aplicarse a las personas naturales y jurídicas involucradas en las actividades de ordenación del territorio, en el mes de agosto de ese año. De manera sorpresiva en el mes de julio del mencionado año la Asamblea

¹¹ En las escuelas de derecho de las universidades del país, los profesores tienden a enseñar el derecho desde ese enfoque estrictamente “formal” cuando se plantea el tema del concepto de ordenamiento jurídico-positivo y de sus fuentes. No pocos lograrían comprender esa idea de Derecho “potencial” que se transformaría en Derecho “actual”, vivo, al aplicarse de manera sistemática a las relaciones jurídicas específicas.

¹² Peces-Barba y Otros, Curso de Teoría del Derecho. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 147.

Nacional decidió extender la *vacatio Legis* de esa Ley formalmente válida, pero inaplicable a la realidad (carente de vigencia formal), hasta el 27-02-2007. El día en referencia, en el que debía entrar en vigencia la susodicha Ley, la Asamblea Nacional volvió a sesionar para derogarla. Es así como se derogó una ley que nunca llegó a estar vigente. Esa insólita derogatoria implicó el mantenimiento de la vigencia de las leyes Orgánicas para la Ordenación del Territorio y de Ordenación Urbanística que según el texto de la ley que no llegó a nacer a la vida jurídica real (un aborto legislativo) perderían su vigencia con el nuevo instrumento jurídico bolivariano. La razón “política” de ese escabroso proceder legislativo no es difícil de comprender en estos tiempos de la ignominia. El “Presidente de la República” (el fallecido Hugo Chávez Frías) le ordenó al “Parlamento” que impidiera la vigencia de la ley porque en la misma no se había previsto la “nueva geometría del poder territorial” que fue incorporada luego en la fallida “Reforma Constitucional” del 02-12-2007. Lo insólito del asunto (“aunque usted no lo crea”) es que al parecer la autoridad ambiental nacional se rige por ese “aborto legislativo” y no por las leyes, antes mencionadas, alegando que éstas se sancionaron en la oprobiosa IV República¹³.

El momento normativo del Derecho lo llamamos “estático” para dar a entender que independientemente de su aplicación a la realidad, lo jurídico existe en una dimensión formal. En este mismo orden de ideas, cabe agregar que esa dimensión formal del Derecho estatal, legislado, escrito, no queda incólume luego de su interpretación y aplicación por parte de los órganos del Estado, en particular los jueces. La letra de la ley se mantiene intacta, pero sufre modificaciones en el momento o fase de su interpretación. Por esa razón, es necesario conocer tanto la letra de la ley como lo que piensan los jueces acerca de ella, esto es, las decisiones judiciales que van conformando la doctrina jurisprudencial. En los sistemas de Derecho estatal, formal y escrito la separación entre la norma formal y su proceso de aplicación forma parte de las bases del sistema jurídico. De lo contrario, no podría predicarse la inconstitucionalidad de las leyes y demás instrumentos normativos, y la ilegalidad de los reglamentos y demás normas sublegales. Se trata de un sistema rígido, un ordenamiento de estructura piramidal jerarquizada. La norma formal y escrita prima sobre la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina de los órganos de la Administración Pública. La jurisprudencia es fuente de Derecho en los supuestos de vacíos normativos, siempre que el método de la analogía no permita dar solución al caso *subjudice* (artículo 4 Código Civil, en lo adelante CC). Los principios de interpretación del sistema no

¹³ Véase, Salas Bourgoín, María Andreina y Sulbarán Zambrano, Elides. Modificación de la Ley Orgánica Para la Ordenación del Territorio. Revisión de un proceso de 10 años sin perspectiva de cristalización. En <https://bit.ly/3CV1eNE>

admiten decisiones jurisprudenciales contrarias a la ley, salvo que ésta sea contraria a la Constitución Nacional (en lo adelante CN), pues es deber de todo juez desaplicar las normas legales inconstitucionales, y del Tribunal Supremo de Justicia anularlas con motivo de un recurso por inconstitucionalidad (supremacía de la Constitución). Tampoco es admisible alegar usos y costumbres contrarios a la ley (*"Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean"*, artículo 7 CC). Sólo las costumbres *secundum lege* se conceptúan como fuente del Derecho (artículo 9 Código de Comercio). En los países en los que prevalece el Derecho consuetudinario no es posible diferenciar una estática de una dinámica jurídica. Las costumbres jurídicas, aunque puedan ser objeto de publicación escrita oficial en recopilaciones y expresadas en sentencias judiciales escritas, se originan en usos y prácticas sociales reiteradas en el tiempo, por tanto, constituyen una modalidad de "Derecho vivo" y actual en la que no se presenta la dialéctica entre deber ser normativo y ser real. Normatividad jurídica y normalidad social se identifican.

En consecuencia, en el sistema de Derecho consuetudinario no existe diferencia entre validez formal y vigencia real, pues sólo es válido el Derecho eficaz. Para que una conducta social sea calificada como jurídica es necesario que sea avalada por su reiterado cumplimiento por parte de la mayoría de la comunidad. Dos son los elementos de la vigencia de la costumbre jurídica: el subjetivo, o la *opinio juris*, el convencimiento comunitario o societario del valor de la conducta expresada en la costumbre para el orden social, y el objetivo, la práctica inveterada de esa conducta. Quede claro, pues, que en los sistemas de Derecho estatal el momento de la norma y el de su interpretación y aplicación se hallan en constante conexión dialéctica; sin embargo, podemos diferenciarlos. Como sistema de normas el Derecho se constituye en ordenamiento jurídico, es decir, en una estructura permanente de normas de diferente jerarquía (rango) y valor desde la Constitución como norma suprema (*norma normarum*) hasta las normas de rango sublegal. No es el caso del Sistema Jurídico Anglosajón¹⁴. En dicho Sistema, reitero, la norma

¹⁴ El sistema del *common law* se basa en dos vertientes fundamentales. Por un lado, las leyes que han sido aprobadas por el Parlamento del país en cuestión, gracias a las cuales podemos trazar la evolución de la jurisprudencia de su Estado. Por otra parte, los propios tribunales, así como las decisiones de éstos en forma de sentencias son esenciales en el sistema jurídico del *common law*. En este sentido, la propia decisión del caso en litigio no es importante únicamente en tal caso, sino que contribuye a futuras decisiones tomadas en otros ulteriores. Así, por tanto, y como se ha mencionado anteriormente, el aspecto más notable del derecho inglés es la ausencia de un derecho codificado y, en especial, de un código civil, a favor del uso del precedente. Por consiguiente, y a diferencia del papel fundamental del propio legislador, que codifica las normas jurídicas de un determinado Estado, el

emana de lo más profundo de la sociedad. La costumbre es la fuente primaria y principal del ordenamiento jurídico, la creencia generalizada en los miembros de la comunidad de que con el forzoso cumplimiento de las conductas transformadas en costumbres se realizan valores básicos para la conservación del orden social (opinión *necessitatis*). Ahora bien, la exigencia de “certeza” inherente al Derecho, independientemente de la fuente de legitimidad del mismo, reclama que un órgano de la comunidad reconozca, interprete y declare cuales de las costumbres sociales son jurídicas. Tal es la función del juez en el proceso de administrar justicia (función jurisdiccional). El juez actúa como órgano de la comunidad de principios, valores y reglas que conforman el Derecho Consuetudinario por medio de la jurisprudencia, las decisiones judiciales que crean los precedentes como expresión de certeza del mismo. Y así la jurisprudencia viene a constituir una fuente de producción normativa de igual rango que la ley dictada por el parlamento. En ese sistema no puede hablarse de Derecho estatal. El Estado es garante del orden jurídico, pero no tiene el monopolio de su creación. Es necesario advertir de inmediato que la norma dictada por el Estado o creada por el juez contiene, siempre que sea un auténtico precepto y no una simple declaración principista, programática, o una mera regla técnica de

common law o derecho consuetudinario pasa a ser un sistema jurídico con abundante conocimiento práctico, basado en resolver posibles conflictos dentro de los propios tribunales. Nuevamente, la falta de una codificación escrita, distintiva del derecho romano y del derecho español (*civil law*), pone en relevancia el aspecto práctico del *common law* ante uno más codificado en el *civil law*. El derecho inglés, principal sistema jurídico dentro del *common law*, basa su sistema del precedente en la máxima latina *stare decisis et non quieta movere*, y que normalmente se abrevia en la forma *stare decisis*. De este modo, la base del precedente reside en la certeza y el concepto de “justicia” en la ley, en la que no existe un único texto en el *common law*, sino una recopilación de sentencias que abarcan un periodo que puede extenderse durante más de dos siglos. Ahumada realiza una acertada comparación del llamado *stare decisis*, propio de los tribunales del *common law*, con un “laboratorio de derecho”: “el derecho se pone a prueba, se desarrolla y se transforma a impulso de conflictos reales que reclaman solución”. El *stare decisis* del *common law* se basa, por tanto, en el carácter práctico de los diferentes casos juzgados en el *common law*. Ante esta situación, el jurista del *common law* se encuentra ante un sistema menos férreo y carente de rigidez, en donde prima la decisión del *judge*, basada en casos con situaciones jurídicas similares juzgado en ese momento; un *judge* de manera individual, considerando los precedentes, dicta un fallo. Durante siglos los *judges* se han situado en la primacía de un razonamiento jurídico que, en palabras de Sir WILLIAM BLACKSTONE, pasaron a ser los “oráculos vivientes” del derecho: “En verdad los jueces hacen y cambian el derecho. La totalidad del *common law* es creación del juez y, sólo mediante la modificación judicial en el derecho, el *common law* conserva su vigencia en un mundo cambiante”. Francisco Godoy Tena. Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o *common law*) y el sistema judicial español (*civil law*). Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol. 52, N° 154, Ciudad de México, 2019, en <https://bit.ly/3AHrxPs>

organización, una relación jurídica ideal o potencial. En efecto, si tras observar el mundo jurídico lo contemplamos más en profundidad y practicamos, por decirlo así, un corte vertical en la realidad jurídica, vamos a tropezarnos con varios estratos, tal y como lo expresa WIDAR LESARIRI SFORZA en su obra “El Derecho de los particulares”:

El primero de ellos, el más vasto y de mayor espesor, es naturalmente el integrado por las relaciones jurídicas previstas en las leyes estatales (Derecho Público y Derecho Privado). El material que comprende esta parte de la realidad jurídica, bajo la enseña del Estado, tiene variados y diversos orígenes, pero la unidad de la fuente de que brota en un momento dado hace que su ordenamiento aparezca como un bloque monolítico. En realidad, no obstante, las normas dictadas por el Estado son un producto de una labor a veces secular de la conciencia y de la ciencia jurídica, en su conjunto. Sólo una pequeña parte de la legislación estatal representa el producto inmediato de la voluntad del poder político. Por otro lado, en las normas que el Estado, en determinado momento hace suyas extrayéndolas de varias fuentes, tampoco se puede ver una inmediata y plena manifestación de las normas dimanantes de esta voluntad. En un segundo estrato, vamos a encontrar un mundo más vasto, pero menos compacto, el de las relaciones jurídicas establecidas en las normas de origen consuetudinario, absorbidas en gran medida por el estrato superior, el de las normas estatales. Estas, como es principio en los sistemas de Derecho Estatal legislado, no admiten en las materias que regulan la concurrencia de las normas consuetudinarias, pero para ciertas materias no excluyen que parte de estas escapen a su dominio inmediato (ejemplo, Legislación mercantil y el poder de los usos y costumbres mercantiles)¹⁵.

Independientemente de cuál sea el tipo de sistema de Derecho que se examine, trátase del Derecho de predominio estatal, escrito, legislado o del que se inspira en las normas creadas por la sociedad y reconocidas por el parlamento y el juez, no cabe la menor duda de que lo jurídico, en última instancia, no es otra cosa que un tejido complejo de relaciones jurídicas potenciales que se actualizan en personas naturales o jurídicas específicas, cuando las categorías de sujetos de derecho previstas en las normas de conducta abstractas, genéricas e impersonales se aplican a casos concretos, a circunstancias de tiempo, lugar y entramado humano.

B. Perspectiva de la relación jurídica (la dinámica jurídica)

Es el momento de la aplicación de la norma, regla genérica, abstracta e impersonal de conducta a una situación particularizada: situada, temporalizada, circunstanciada, vale decir, y como antes señalé, a una trama humana concreta, a un episodio de la vida social caracterizado por consistir en una relación social, un vínculo entre dos o más personas

¹⁵ Lesariri Sforza, Widar . El Derecho de los Particulares. Civitas, Madrid, 1986, pp. 60-64.

socialmente “valioso”, cuyas consecuencias interesan al buen orden en la convivencia. Tal relación se convierte en jurídica por virtud de la aplicación de la norma que la contiene ideal o potencialmente¹⁶. La norma abstracta, genérica e impersonal (momento normativo) es derecho “potencial”, reitero, y sólo cuando la relación social configurada en el plano real, existencial, se corresponde con la formulado idealmente en la norma, lo jurídico adquiere su plenitud (la plenitud del Derecho).

El que en una comunidad o sociedad existan reglas sociales de conducta que incluso puedan ser aplicadas por la fuerza de la instancia institucional que ejerce la autoridad suprema o superior del grupo (coacción), no implica necesariamente que esas reglas constituyan verdadero Derecho. Lo jurídico, si bien requiere de normas (momento normativo), es mucho más que eso. Es un proceso complejo, una función social. No pocos “juristas”: profesores, autores y abogados se alarmarán con esta afirmación, ya que un rasgo de la “cultura jurídica” de los operadores jurídicos es el concepto formal de lo jurídico o la falsa idea de identificar totalmente al Derecho con su momento normativo. Esa idea acrítica ignora que las leyes pueden ser utilizadas como meros instrumentos del poder “estatal” y que es la fuerza material de tal poder, y no el Derecho, la que realiza la función de regulación y garantía del orden social. De modo que sólo podemos postular la presencia del Derecho en una sociedad cuando en ella se realiza permanentemente un proceso o función de mediación, es decir, cuando los inevitables conflictos y desacuerdos entre los individuos se resuelven por medio de la intervención de un tercero arbitral, de una instancia imparcial que decide el conflicto con arreglo a normas previas (escritas o consuetudinarias) o a su propio criterio de justicia y de equidad en el supuesto de que para el caso concreto no existan normas previas aplicables. Ese tercero arbitral es el juez aunque no se le llame así. Puede ser un juez institucional o funcionario del Estado, o un juez lego o de la comunidad como ocurre con los llamados jueces de paz. Puede ser la persona considerada como la más sabia en una aldea, o una junta de ancianos. No importa la forma o modalidad de la instancia que realiza la mediación (juez unipersonal o colegiado, profesional o lego, juez de Derecho o de equidad, estatal o de la comunidad); lo decisivo es la existencia de la mediación. Las normas o reglas adquieren la cualidad de jurídicas en ese proceso de mediación que hoy denominamos “función judicial” y que ha sido monopolizada por el poder del Estado (la estatalización de la administración de la justicia). Fuera de ese proceso o función las normas son “potencialmente” jurídicas; en consecuencia, si no se aplican para mediar y resolver los conflictos y desacuerdos entre los hombres son reglas inútiles. Y si bien, como establece el Artículo 7° del Código Civil, no

¹⁶ Según DEL VECCHIO “La norma jurídica pone siempre en relación varias personas, de las cuales a una le corresponde una facultad o pretensión, y la otra tiene una obligación correlativa. La relación jurídica se puede, pues, definir como un vínculo entre personas, en virtud del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada. Admitamos que la relación jurídica tiene siempre un substrato real en las cosas y en las personas. El Derecho no crea los elementos o términos de la relación, sino que los encuentra ya naturalmente constituidos y no hace más que determinarlos y disciplinarlos: reconoce algo preexistente a lo que da o imprime su forma, fijando los límites de las exigibilidades recíprocas”. Vid. Del Vecchio, Giorgio. Filosofía del Derecho (1969). Bosh, Barcelona, pp. 400 y 401.

vale alegar contra la observancia de la ley el “desuso”, su falta de aplicación la convierte en “letra muerta”. ¿Cuántas leyes de esta ajurídica o antijurídica República forman parte del “cementerio jurídico”? El Derecho vivo es el que realiza el proceso de mediación en las relaciones de intercambio en los diversos ámbitos de la vida societaria¹⁷.

He de aclarar que el proceso de mediación del Derecho en su función social también se realiza sin la intervención de ese tercero arbitral (el juez), cual es el supuesto del cumplimiento voluntario de los derechos y obligaciones previstos en las diferentes convenciones y contratos entre las partes¹⁸.

Es, en ese momento cuando debe ser normativo y ser social se confunden, el derecho pasa de lo ideal a la real; la norma se convierte en “derecho vivo” y la vida humana objetivada adquiere la fisonomía de vida humana subjetivada. Carece de sentido que la relación jurídica prevista en el supuesto o presupuesto de la norma (como posibilidad, potencia) no pase de esa vida formal, del plano “estrictamente” ideal de deber ser por su falta de correspondencia con hechos concretos de la vida asociativa. El Derecho, lo he expresado anteriormente, no es un objeto de arte para ser admirado, producir emoción estética, aunque la sola eficacia o vigencia social del Derecho no lo legitima. ¿Quién dudaría de la eficacia del Derecho nazi, del Derecho del apartheid, de las leyes discriminatorias de la comunidad afroamericana en USA, de las leyes conculcadoras de las libertades fundamentales en los sistemas totalitarios? La legitimidad de lo jurídico se realiza cuando sus normas son justas, entendiendo por justicia en un sentido amplio a los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 CN), y se aplican con relativa eficacia (la eficacia nunca será absoluta). La plenitud del Derecho se logra cuando los valores superiores del ordenamiento jurídico se convierten en vida humana subjetivada mediante la aplicación de las normas a las relaciones jurídicas concretas. Tal es el sentido de la lucha por el Derecho (IHERING). La vigencia social de lo jurídico es inherente a su esencia misma, a su naturaleza de norma destinada a ordenar las relaciones de los hombres en sociedad¹⁹. Pero, tampoco tiene sentido para esa convivencia que la relación social sea indiferente o intrascendente para el Derecho por no constituir

¹⁷ Meier, Henrique. Introducción al Estudio del Derecho. Casamayor. Caracas, 2009, p. 67.

¹⁸ Dedicué unas cuantas páginas a explicar cómo el Derecho media (sin que se tenga consciencia de ello), las relaciones de intercambio cotidianas de una sociedad, cuando los sujetos de derecho cumplen espontáneamente convenios y contratos. Vid, Meier Henrique. ¿Qué es el Derecho? Panapo, Caracas, 2001.

¹⁹ Cuando el Derecho no cumple esa función de mediación, huye o se pervierte, aumenta la violencia social. Nada peor para una sociedad que los individuos procuren “justicia” por sus propias manos.

el presupuesto de norma jurídica alguna (en sentido *lato*: regla escrita o formal, o consuetudinaria).

C. Entendida así la relación jurídica, integración de la relación jurídica abstracta (prevista en la norma) y de la relación social concreta, podemos plantear sus características fundamentales

Primero, toda relación jurídica²⁰, como antes se acotó, es una relación social; pero no toda relación social es jurídica.

El rasgo “social” subraya la alteridad de esa relación. *Alter*, otro; no hay relación social del individuo y la persona en general (jurídica) consigo misma. La necesidad de dos o más personas es impretermitible para la configuración de lo jurídico. Lo moral atiende, precisamente, al problema de la relación del individuo con su vida personal, única e intransferible. La norma moral coloca al hombre frente a sus actos. El juicio moral es valoración de un acto respecto a una escala determinada de valores. No es juicio o estimación externa, sino interna. En la soledad de su conciencia el individuo sabe si ha obrado bien o mal (salvo que no disponga del atributo de la lucidez, del discernimiento por estados transitorios o permanentes de locura y otras patologías de origen mental). Asimismo, no todo el infinito y complejo universo de la vida social es materia de lo jurídico (vida humana objetivada). Existen innumerables relaciones sociales intrascendentes para el Derecho, vale decir, para la armonía y el buen orden en la convivencia. Así, las reglas del trato social, llamadas por algunos autores “convencionalismos sociales”, por ejemplo, la etiqueta, la cortesía, las buenas maneras, etc., atienden a un estilo o concepto del comportamiento social cuya infracción no va aparejada de sanción jurídica, sino del mero rechazo o repudio del grupo que practica la convención. Violar reglas de esa naturaleza no compromete la paz social, ni el bien común, pues se trata de una ordenación poco

²⁰ Relación: porque consiste en un vínculo entre dos o más personas. Jurídica: por cuanto es una relación significativa o trascendente para el Derecho. Esa trascendencia deriva, o bien del posible encuadramiento potencial de la relación en una norma del ordenamiento jurídico, o de la afectación de bienes y valores jurídicos por la trama humana, no obstante la misma no haya sido prevista en norma formal alguna, como es el supuesto característico de los derechos humanos “innominados”: aquellos que siendo inherentes a la persona humana pueden ser objeto de amparo por el juez en función constitucional, aunque no figuren expresamente en el texto formal de la Constitución. La solicitud de amparo de un derecho de esa naturaleza ha de producirse en la circunstancia de la amenaza de su violación, o de su violación actualizada, a un determinado sujeto: el agraviado, por parte de otro: el agravante, en el contexto de una relación social que sin duda es trascendente para el Derecho dada la jerarquía del bien jurídico en juego (artículos 22 y 27 CN). Meier, Henrique, Introducción al estudio... *opus cit.*, p. 205. Ese ejemplo de mi libro ya no es predicable en el contexto del actual régimen de poder caracterizado por la sistemática violación a los derechos humanos de toda índole.

trascendente para el orden social; fórmulas que van cambiando conforme se transforman las costumbres de la sociedad, sus valores y creencias respecto del trato social.²¹

Segundo, consiste en una relación entre sujetos de derecho y los sujetos de derecho son únicamente las personas naturales o jurídicas.

En ese sentido, no cabe hablar de relación jurídica entre las personas y las cosas. La noción tradicional de la propiedad (Derecho Medieval) identificaba la tenencia o dominio efectivo (poder real) sobre los bienes (inmuebles) como núcleo del derecho. La propiedad constituía una relación de hecho entre las personas y las cosas. Por el contrario, la propiedad es el Derecho Moderno, por exigencias articuladas a la racionalidad inherente al modo capitalista de producción, a la dinámica del intercambio de una economía en la que las cosas y bienes adquieren el perfil de mercancías, es decir, de objetos cuyo valor de uso cede ante la racionalidad de su valor de cambio (economía de mercado), la propiedad deja de ser el dominio o señorío sobre las cosas para transformarse en un haz de poderes jurídicos, de facultades abstractas de uso, goce y disposición sobre las cosas que integran el patrimonio del propietario. En el caso de los bienes inmuebles, por ejemplo, la propiedad no requiere la tenencia, dominio o señorío material actual sobre el bien objeto de la titularidad jurídica, pues los atributos de uso y goce se han separado del poder de disposición y pueden configurarse como derechos reales autónomos (uso, usufructo, habitación) respecto del derecho de propiedad. En esa perspectiva, la relación jurídica se establece entre el titular del derecho de propiedad en su sentido pleno y los titulares de derechos reales limitados que derivan del primero (por ejemplo, arrendamiento, usufructo, etc.). En los casos de integración del uso y el goce en la titularidad primaria del derecho matriz: la propiedad, la relación se plantea entre el titular del derecho y los terceros en general (la comunidad anónima de sujetos de derecho) quienes están en el deber universal de abstenerse de realizar actos que menoscaben o perturben el ejercicio pacífico del uso, el goce y la disposición. En los supuestos en los cuales un tercero

²¹ En estos tiempos de auge de las redes sociales en la esfera de la tecnología virtual, ha surgido una suerte de "convención", una regla no escrita denominada la "corrección política" (invento de los movimientos autocalificados como "progres"), mediante la cual se descalifica públicamente a quien profiera comentarios "políticamente incorrectos". Y así se tilda de "machista" o "heteropatriarcal" a cualquiera que exprese algo que moleste al movimiento "feminista", también "homófobo" al que ose decir una "inconveniencia" acerca del denominado "colectivo LGBT", aparte de "fascista" y otros calificativos. Es una manera de censurar toda opinión contraria al proceso de ideologización de la sociedad por parte del denominado "Marxismo cultural" asumido por la izquierda política, social y cultural. No es el Estado el censor como en los regímenes comunistas clásicos (Cuba, China, Corea del Norte), o neo comunistas (Nicaragua, Venezuela), sino un juez presente en todo usuario de las redes portador de esa ideología, aunque no esté consciente de ello.

menoscabe el ejercicio pacífico de los derechos del propietario, apropiándose ilegítimamente del bien (inmueble) ajeno, el Código Civil le atribuye al propietario el derecho instrumental (adjetivo, acción procesal) de reivindicarla del poseedor o detentador (art. 548)²². Ahora bien, para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, el actor debe suministrar una doble prueba: en primer lugar, que es el titular de la propiedad del inmueble; en segundo lugar, que el demandado la posee indebidamente. En definitiva, el accionante debe llevar al juez el convencimiento cierto de que es el titular en propiedad del inmueble poseído por su adversario en el debate judicial. En consecuencia, las cosas y bienes en general sólo pueden ser objeto de relaciones jurídicas, pero nunca sujetos de la misma, ya que tal concepto es una categoría jurídica que implica “capacidad para obrar válidamente en el mundo de lo jurídico”, es decir, precisa la condición de persona, ente natural (o creación del derecho) dotado de voluntad, y la voluntad, sea esta expresión de un raciocinio individual o de mecanismos institucionales, es un “hecho humano”. Los animales y las cosas inanimadas no tienen voluntad; por el contrario, están a merced de las decisiones humanas, y por ello sólo pueden operar en el mundo de las relaciones jurídicas como meros objetos de los negocios y actos jurídicos. Los animales, a pesar de algunas teorías ecologistas extremas (animalismo)²³, no son sujetos de derecho; por tanto,

²² En la sociedad venezolana del presente esos postulados carecen de vigencia real dada la inseguridad jurídica propiciada por el que fuera un Estado institucional convertido en una organización criminal (parte de una transnacional del crimen organizado). Ninguno de los derechos formalizados constitucionalmente, entre tales la libertad en sus diversas manifestaciones, la propiedad privada, la vida misma, se hallan efectivamente garantizados; por el contrario, cualquiera, en cualquier momento, puede sufrir la violación de tales derechos. Somos una sociedad a la deriva, al garete.

²³ Tantos años dando clases y escribiendo en materia de Derecho Ambiental, y es hoy 10-06-2022 cuando me entero de la existencia de una insólita Declaración Universal de los derechos del Animal adoptada por la denominada Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977, aprobada en 1978 por la UNESCO y la ONU. Entre otras irracionalidades se califica la muerte de animales como genocidio, equiparando al animal al hombre. Desde esa época comienza la sin razón a ganar terreno. Convendría en que el animal es titular de derechos cuando un tigre o un reptil puedan presentarse en un tribunal a solicitar tutela. Es tal el sin sentido, que solo con la ironía puede uno enfrentarse a tanto desatino. Texto definitivo de la Declaración Universal de los Derechos del Animal, adoptado por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales afiliadas tras la 3ª Reunión sobre los derechos del Animal, Londres, 21 al 23 de setiembre de 1977. La declaración proclamada el 15-10-1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas asociadas a ellas, fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y, posteriormente, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). *“Preámbulo. Considerando que todo animal posee derechos. Considerando que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales. Considerando que el*

no pueden ser titulares de derechos y posiciones jurídicas en general. Es insólito postular “derechos a la naturaleza”. La naturaleza y sus componentes son objeto de relaciones jurídicas. Su tutela y protección integral por las normas del Derecho Ambiental se hace a título de bienes escasos, frágiles e insustituibles para la preservación de la vida en el planeta. El sujeto de derecho (la persona natural y la jurídica) para ser tal ha de ostentar cualidad para obrar válidamente en el universo del Derecho. En una palabra, capacidad para ser titular de posiciones jurídicas determinadas (de derechos y obligaciones y de ejercitarlas en forma válida). Por tanto, el solo hecho de ser persona no es suficiente para la constitución de la relación jurídica. El menor, el inhabilitado y el entredicho, carecen de plena capacidad de obrar. Lo mismo ocurre con la sociedad civil o mercantil cuyas actas constitutivas y estatutos sociales no hubieren sido protocolizadas en la oficina de registro correspondiente. La legitimidad de la relación jurídica se halla articulada, entonces, al tema de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar. Me refiero al sujeto de derecho en la dinámica de la relación jurídica, y no a esa condición en sentido estricto, con independencia del mundo de los negocios jurídicos, pues la persona natural, el individuo en sí, por su propia naturaleza (su dignidad) es titular de un conjunto de derechos inalienables de rango constitucional: la vida, la libertad, la seguridad, el honor y la reputación, etc. Tampoco es posible relación jurídica alguna de una persona consigo misma. En los supuestos de donación de partes o fluidos del cuerpo: órganos y sangre, la relación se establece entre el donante y el destinatario de la donación: una persona o una institución (por ejemplo, los bancos de sangre, de semen, etc.). Sin embargo, en las leyes de aborto libre que se vienen aprobando en diferentes países se postula el derecho de la mujer sobre su propio cuerpo para decidir interrumpir el embarazo, y las de transgénero el derecho de toda persona a mutilarse (España) para cambiar de “genero” (sexo). Nada tendría de extraño que, bajo la influencia del denominado “Manifiesto de la Contrasesexualidad”²⁴, que reduce a la persona a “cuerpo hablante”, pronto se aprueben leyes para legalizar

reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo. Considerando que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometiéndolo. Considerando que el respeto del hombre hacia los animales está ligado al respeto de los hombres entre ellos mismos. Considerando que la educación implica enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales”, en <https://bit.ly/2ZB7CzG>. Nunca pasó por mi mente que eso fuera posible. Ahora entiendo cómo, además de la ideología de género, comienza a surgir una suerte de ideología de cambio de especie. Cfr. Yaaas (07-04-2022), Manel De Aguas, el activista transespecie que lleva implantadas unas aletas en la cabeza: “Me han discriminado al buscar trabajo”, en <https://bit.ly/3wuuyAa>

²⁴ Preciado, Beatriz. Manifiesto de la Contrasesexualidad. Editorial Anagrama. Barcelona. 2011.

la disposición de partes del cuerpo en vida: un ojo, un brazo, un pulmón, etc. Hasta que definitivamente se pervierta el Derecho, seguimos postulando que, para crear relaciones jurídicas válidas, es indispensable disponer de plena capacidad de obrar²⁵. Según GIORGIO DEL VECCHIO relación jurídica es:

Un vínculo entre sujetos de Derecho, nacido de un determinado hecho, definido por normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción²⁶.

Ese clásico principio del Derecho Civil de las personas está cambiando rápidamente con la imposición de la denominada "ideología de género"²⁷.

En fin, si la relación jurídica sólo es posible entre personas, las modalidades de la misma se limitan a: las relaciones de personas naturales entre sí; las relaciones de personas naturales con personas jurídicas; las relaciones de personas jurídicas entre sí.

Tercero, toda relación jurídica es una estructura compuesta por los elementos siguientes: subjetivo, objetivo, causal y teleológico.

a. Lo subjetivo se refiere a los sujetos de la relación, las personas naturales o jurídicas que se vinculan mediante el nexo jurídico concreto. Se habla de sujeto activo para indicar al titular de un derecho subjetivo: la

²⁵ Ese postulado está cambiando en España.

²⁶ Del Vecchio. G 1980. Filosofía del Derecho. Traducción Luis Legaz y Lacambra. Bosch. Barcelona, p. 40.

²⁷ Según el artículo 6 de Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid: "*Las personas trans menores de edad tienen derecho a recibir el tratamiento médico oportuno relativo a su transexualidad. La atención sanitaria que se les preste, en tanto que menores, se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y la adolescencia, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Convención de Derechos del Niño y con atención a lo establecido en los protocolos de las sociedades médicas y pediátricas internacionales*". La Ministra de la Igualdad del gobierno de España, Irene Montero, pretende que sea aprobada una ley nacional sobre esa materia que habilite a los mayores de 14 años a cambiar de género (sexo) sin autorización de sus padres o tutores, y sin necesidad de informe médico. En pocas palabras, que los nacidos varones por obra de la naturaleza (Dios) puedan mutilarse. Si el texto no se modifica radicalmente en su trámite parlamentario, esta ley podemita permitirá una nueva expropiación de la patria potestad por parte del Estado al fomentar los cambios de sexo entre menores de edad sin consentimiento paterno. Su aprobación constituirá, además, un nuevo ataque contra las instituciones sociales que, como la familia, permiten la existencia de sociedades libres y prósperas, precisamente los principales objetivos a batir por el comunismo en todo tiempo y lugar. En <https://bit.ly/3Cs3mpg>

facultad de exigir una determinada conducta a otro (un hacer o no hacer) porque de ello depende la satisfacción del contenido del derecho propio, del interés jurídicamente protegido. El sujeto pasivo es la persona sobre la que recae la obligación articulada a la satisfacción del derecho del sujeto activo. En la práctica, en el mundo de las relaciones jurídicas concretas, la posición jurídica de los sujetos se configura de manera compleja, mixta. Ambos sujetos aparecen como titulares de derechos subjetivos, y al mismo tiempo, obligados a efectuar determinadas prestaciones a favor del otro. En el ámbito de la relación jurídico administrativa ese tipo de relación exige, en principio, la presencia de una administración pública como uno de los sujetos de la misma o de un órgano del Estado, que, no obstante, no pertenezca a una organización administrativa stricto sensu, actúe con ese carácter, realice una modalidad de la "función administrativa" del Estado (las comisiones permanentes de la "Asamblea Nacional", la "Dirección General de la Magistratura", los "tribunales", etc.). En los años de existencia del Estado democrático de Derecho, la jurisprudencia fue aún más lejos calificando de administrativos determinados actos unilaterales de naturaleza autoritaria dictados por personas jurídicas de Derecho Privado²⁸ en el desempeño de actividades de interés general. El debilitamiento de la frontera entre las personas jurídicas de Derecho público (El Estado y sus instituciones) y las de Derecho privado, o si se quiere, la "movilidad" de esa frontera ha ocasionado significativas transformaciones en los conceptos

²⁸ La libre creación, adherencia y participación en organizaciones privadas de cualquier índole: económicas, educativas, culturales, deportivas, vecinales, religiosas, y otras, es una manera de desarrollar la libre personalidad humana, el derecho a hacer en la vida lo que se quiera, y de la vida de cada quien lo que se quiera, con las limitaciones impuestas por el respeto al derecho de los demás y las normas del orden público y social. El grado de libertad y desarrollo humano de una sociedad nacional se mide, entre otros parámetros, por el número y complejidad de las asociaciones y sociedades privadas que conforman la sociedad civil. Los regímenes totalitarios son declarados enemigos de esa autodeterminación, y por esa razón eliminan los derechos asociados a la libertad-autonomía, en particular el derecho de asociación, imponiendo la forzosa pertenencia a organizaciones dependientes del poder estatal. Ese proceso de liquidación de la libertad-autonomía termina por destruir la función social del Derecho, ya antes señalada. El ordenamiento jurídico se transforma en un mero medio de control y opresión social, deja de ser garantía para la libre autodeterminación humana. El Estado asume el control de todas las esferas de la vida humana: la política, la económica, la familiar y conyugal, la educativa y cultural, la deportiva, y hasta la religiosa, pues la ideología del régimen se emplea como religión secular de Estado, el culto privado es sustituido por el culto público al líder de la revolución, al Estado-partido, a la raza superior. En ese sentido pues, la riqueza, variedad y complejidad del universo de las relaciones jurídicas sólo es predicable en el contexto de un auténtico Estado democrático de Derecho, un sistema político en el que las garantías a las diversas modalidades de la libertad-autonomía operen con relativa eficacia. Meier, Henrique. Introducción al estudio, *opus cit.*, p. 209.

tradicionales de las formas institucionales de la organización administrativa y la teoría del acto administrativo. En efecto, por una parte, la intervención del Estado en esferas de la vida social, tradicionalmente reservadas a los particulares (sector privado), como es el caso de las actividades industriales y comerciales implicó la utilización de personas jurídicas de Derecho privado, compañías anónimas, que operaron como empresas públicas. Por otra parte, la participación de los particulares en actividades de interés general reservadas al ámbito de actuación de la Administración pública en el esquema clásico de la separación entre el espacio de lo público y el de lo privado, ha tenido como consecuencia el que determinados actos provenientes de típicas personas de Derecho privado (asociaciones civiles sin fines de lucro, por ejemplo), hayan sido calificados por la jurisprudencia como actos administrativos sujetos al control de los tribunales contencioso-administrativos. Es preferible, entonces, hablar del “Sujeto Administrativo” para nombrar al sujeto que actúa una determinada “potestad pública” de índole administrativa, prescindiendo de su naturaleza orgánico-formal (Administración Pública *stricto sensu*, organismo del Estado que realiza una modalidad de la función administrativa, o una persona jurídica de Derecho privado que ejecuta una potestad pública por delegación de ley).

b. El objeto o contenido de la relación jurídica consiste en el núcleo de la misma: los derechos y obligaciones de los sujetos vinculados por el nexo causal, tanto los de carácter personal (derechos y obligaciones de crédito, por ejemplo), como los de índole real (el usufructo, por ejemplo). Ese objeto ha de ser lícito, posible y determinado o determinable. Lícito, vale decir, conforme a Derecho. Es contrario a Derecho, un delito, convenir con un sicario, mediante el pago de una suma de dinero, el asesinato de un tercero. Posible se refiere a factibilidad física. Es un objeto imposible, por ejemplo, la transferencia en propiedad de un lote de terreno en la luna o en el planeta Marte. Y lo determinado o determinable se contrae al imperativo de la concreción del objeto. Es indeterminado el objeto de una venta en la que no se especifique la cosa cuya propiedad se pretende transmitir. En esos ejemplos la relación jurídica es nula de pleno Derecho, no crea situaciones jurídicas válidas por ilicitud, imposibilidad física e indeterminación, respectivamente. Es causal de nulidad absoluta del acto administrativo cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución (art. 19.3, LOPA).

c. La causa, por su parte, es el hecho o acto al que el ordenamiento jurídico, conforme a la norma aplicable al caso, le confiere el atributo de crear, modificar o extinguir la relación jurídica, trátase de actos jurídicos propiamente dichos (por ejemplo, el contrato), o de hechos de origen natural que operan como fuente de derechos y obligaciones en determinadas esferas de la vida jurídica (la muerte, por ejemplo, y los

derechos y obligaciones del régimen sucesoral). Algunos autores sin ofrecer explicación alguna afirman que la causa de la relación es el interés social protegido en cada relación. En mi criterio ese supuesto interés social no es la causa, sino la finalidad de la relación jurídica. La causa no puede ser otra cosa, no importa lo que repitan muchos autores sin un razonamiento convincente, que el origen de la relación, es decir, el acto o hecho del que surge el vínculo entre dos o más personas. Y es que toda relación jurídica, cualquier relación, no se origina en sí misma, sino, reitero, en un acontecimiento o dato de la realidad que la genera, es decir, un acto o hecho al que el ordenamiento jurídico le atribuye ese efecto o consecuencia. Puede tratarse de actos o conductas humanas unilaterales o bilaterales, lícitas o ilícitas, o de hechos de la naturaleza.

d. El fin o la finalidad²⁹ consiste en la realización del objeto o contenido de la relación jurídica, siempre que el mismo sea lícito, determinado y de posible realización física. Es la justicia entendida como “dar a cada quién lo que le corresponde”.

En suma, la existencia de cualquier relación jurídica requiere de la correspondencia entre los hechos previstos en forma abstracta, genérica e impersonal en el presupuesto o supuesto de aplicación de la norma, y las circunstancias de hechos efectivamente acaecidas en la realidad. En páginas precedentes me referí al momento de la plenitud del Derecho, cuando la relación jurídica potencialmente contenida en la

²⁹ Tiende a confundirse con el objeto. Sin embargo, responde a una interrogante diferente, pues mientras el objeto tiene que ver con el porqué de la relación, el fin se refiere al para qué de la misma, vale decir, su objetivo. Ya hemos advertido que las conductas humanas reguladas por el Derecho no son actos o hechos neutros, sino que atienden a determinados valores-fines. En general el fin de la relación jurídica se identifica con el de la norma que la regula, y más aún con el de la institución a la que toda relación está integrada. Siendo coherentes con nuestra metodología, vamos a explicar el concepto mediante ejemplos. En el supuesto del “hecho ilícito” el fin de la reparación del daño no puede ser otro que la justicia en el caso concreto. Es de elemental justicia que quien ha causado un daño a otro debe repararlo. Aquí aplica el concepto romano de Ulpiano “*justicia es dar a cada quien lo que le corresponde*”. Al afectado por el hecho del otro le corresponde, es justo, y no sólo legal, la reparación correspondiente. Esa reparación que es el objeto de la relación jurídica está integrada a la institución de la responsabilidad por daños y perjuicios. Asimismo, quien ha pagado sin causa, vale decir, lo que no debe, tiene derecho a la repetición del pago, a que le sea devuelta la suma pagada. Al decir sin causa estamos aludiendo a la justicia. Es justo esa repetición; de lo contrario, se consolidaría una injusticia en el caso concreto. En los contratos, independientemente de su objeto, la finalidad de los mismos es la realización del valor-fin de la libertad contractual, del principio de la autonomía de la voluntad. Es al mismo tiempo el fundamento de la relación jurídica. Cada vez que dos o más personas realizan un acuerdo de voluntades, dentro de los límites establecidos por las normas de orden público, la libertad contractual como modalidad de la libertad-autonomía se afianza como valor social. Henrique Meier, id., p. 212.

norma cobra vida “concreta”; se hace relación jurídica real. La relación jurídica es verdaderamente la célula primitiva y el núcleo irreducible de toda realidad jurídica. Los sujetos abstractos (categorías genéricas) se convierten en personas naturales o jurídicas situadas y temporalizadas, con identidad propia e intransferible, y el hecho generador o causante de la relación se materializa en un acontecimiento cronológico, un acaecer en el tiempo al que la norma le atribuye consecuencias para el mundo jurídico en su dimensión subjetiva.

II. Circunstancias determinantes de la aplicación del concepto de relación jurídica al Derecho Administrativo

1. La aplicación de la teoría de la relación jurídica al ámbito del Derecho Administrativo es relativamente reciente y está asociada al proceso histórico de conquista del Estado por el Derecho, a la progresiva consolidación del Estado de Derecho

¿Cómo calificar de jurídica la relación entre el poder y el individuo en formas políticas que no reconocen en éste a un ciudadano titular de posiciones jurídicas activas, de derechos e intereses que la administración debe garantizar y respetar y los tribunales proteger y amparar? La historia de la humanidad nos enseña que el modelo de Estado de Derecho es una excepción en medio de las más diversas formas de ordenación y organización de las relaciones de poder en los diferentes pueblos naciones y sociedades nacionales, caracterizadas por el despotismo y la opresión, la negación de las libertades y derechos fundamentales. Tiránías, dictaduras, autocracias y en su extremo los regímenes totalitarios han prevalecido sobre los regímenes de poder que garantizan la libertad humana en sus diversas manifestaciones. Apenas desde hace dos siglos y en muy pocas naciones se ha ensayado el modelo axiológico de Estado de Derecho, es decir, el Estado cuya finalidad esencial es garantizar las libertades públicas o privadas o Estado al servicio del hombre. Es con la Revolución de Independencia de las colonias británicas en América del Norte y la fundación de los Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789), cuando se postula el concepto de ciudadano titular de derechos inalienables frente al Poder, superándose el concepto del vasallo o súbdito, del individuo sometido a su dominio. Las consecuencias en los planos políticos y jurídicos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Revolución Francesa 1789) sólo comenzaron a sentirse en la segunda mitad del pasado siglo y ello a causa de la reacción contra las catástrofes humanas provocadas por los sistemas totalitarios que asolaron a Europa antes, durante y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (instrumentos internacionales declarativos y

convencionales en materia de Derechos Humanos, en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

El concepto de la persona humana y su dignidad consustancial, fin en sí mismo, y a la que el Estado debe respetar y garantizar un conjunto de derechos inalienables, anteriores al poder mismo: vida, libertad, seguridad, etc., es quizás la más trascendental revolución cultural del mundo moderno. Y el que esos derechos de libertad sean universales, para todo hombre, con prescindencia de razas, sexo, condición social, credos religiosos o políticos, ha socavado por completo las bases conceptuales, las ideas y creencias de dieciocho siglos de vida política e institucional. Sin embargo, en estos 22 años del siglo XXI el panorama político mundial no luce muy esperanzador respecto de la garantía de los derechos de libertad. Los sistemas totalitarios no han desaparecido. China, Corea del Norte, Cuba, son ejemplos emblemáticos de esa forma extrema de poder. Los regímenes imperantes en Nicaragua, Venezuela, Rusia, Irán, Irak, Turquía, entre otros, aunque no se les califique de totalitarismos, no cabe la menor duda de que constituyen formas autoritarias de poder, pueblos que no gozan de las garantías a los derechos humanos o derechos fundamentales. En estos tiempos las libertades han venido retrocediendo, incluso en sociedades tradicionalmente democráticas como, por ejemplo, los Estados Unidos de Norteamérica, luego del impacto causado por el acto terrorista del 2001, y la ley patriótica dictada a raíz de esa tragedia, pues en nombre de la seguridad nacional se ha restringido el régimen de las libertades.

El Estado, por su naturaleza misma, tiende a ser cada vez más poder, a llevar su posición de supremacía a su extremo. La lógica implacable del poder implica el dominio ilimitado sobre los gobernados. Lo contrario a esa dinámica es la consideración del individuo como persona y ciudadano titular de unos derechos capaces de limitar, de frenar, la tendencia del Estado hacia el control y la regulación total de la vida de los hombres y de la sociedad en su conjunto. Conceptos de siervo, súbdito y vasallo, anteriores a la moderna idea del ciudadano, son expresivos de la situación de sumisión del hombre frente al poder. Hace 10 años publiqué un artículo en la página web soberanía.org (clausurada por el régimen chavista en 2016), titulado “El oscuro deseo del poder ilimitado” en el que me refiero a ese impulso humano de dominar al otro, del que deriva el culto al poder³⁰.

³⁰ El magnífico poeta portugués FERNANDO PESSOA en su “Libro del Desasosiego” (Acantilado, Barcelona, 2002, p. 67) expresa esta profunda reflexión: “Casi todos los hombres sueñan, en lo más secreto de su ser, un gran imperialismo propio, el sometimiento de todos los hombres, la entrega de todas las mujeres, la adoración de todos los pueblos...”. Ese “afán de poder” se origina en un impulso de dominación que inconscientemente abraja en la psique humana, lo que FREUD designó

como la pulsión de “Tanatos” por oposición a “Eros” en su obra “El Malestar de la Cultura”. Y esto porque ese sueño de sometimiento de todos los hombres o la posesión, disfrute y preservación, a como dé lugar, de un poderío ilimitado, implica necesariamente el empleo de la violencia, la astucia, el engaño, la mentira y la destrucción de todos los obstáculos que se opongan a ese objetivo, incluyendo, dentro de la “lógica de la dominación”, la persecución, detención, privación de la libertad, agresiones a la integridad psíquica, moral y física, y finalmente el asesinato individual o en masa de los hombres y mujeres que se resistan abiertamente a la realización de ese oscuro deseo. No por capricho HOBBS afirmó que el hombre es lobo para el hombre. Pero, habría que agregar a la reflexión de PESSOA, otro sueño e impulso de no pocos hombres y mujeres: el deseo de sometimiento o la “servidumbre voluntaria”. Tal es la dialéctica de la relación de poder en el contexto de los sistemas autoritarios. Y es que difícilmente los dictadores pueden dominar y mantenerse en el poder con el sólo ejercicio de los medios represivos. El consentimiento o aquiescencia de esa modalidad de relación de poder por una parte considerable de la población, es un hecho irrefutable. HUBER MATOS en su dramática autobiografía: “Cómo Llegó la Noche” (Tus Quets, Editores, Barcelona, 2004, p. 337) se refiere a la inmensa popularidad de Fidel Castro que facilitó la instauración de un régimen totalitario en Cuba a partir de 1959: *“octubre de 1959. Han transcurrido menos de diez meses desde que los revolucionarios llegamos al poder. Las perspectivas de que el líder de la revolución se convierta en un tirano como no ha conocido nunca nuestro país se perfila en el paisaje cubano. La gran mayoría de la población no percibe la traición. La popularidad de Fidel Castro es inmensa. La gente del pueblo cree en él con ciego fervor. Los que manifiestan su preocupación por el destino de la Nación o cuestionan el último capricho del Máximo Líder se convierten de la noche a la mañana en ‘enemigos del pueblo’. La seductora retórica populista de Castro encubre hábilmente la increíble realidad que los verdaderos enemigos están en el seno mismo del poder”*. Más allá del miedo, del temor al dictador y sus esbirros, creo que las dictaduras y los totalitarismos se imponen y sostienen por dos rasgos psicológicos del hombre: la servidumbre voluntaria, ya mencionada, o el miedo a la libertad (ERIC FROMM) y la admiración que produce el dictador. Como no puedo, carezco de las “habilidades” para realizar el secreto sueño al que alude PESSOA, admiro abierta o soterradamente al que logra ese objetivo. El primero, la “servidumbre voluntaria”, tiene su origen en el miedo que inspira la libertad percibida como pesado fardo existencial. El libre albedrío o el valor de elegir (SAVATER) implica una insoportable carga de responsabilidad: tener que asumir las consecuencias de los actos propios, y, por tanto, ¡Dios!, que no pueda culpar a otro u otros de mis problemas, fracasos, errores, frustraciones. No, la mayoría de las personas no quiere eso, prefiere delegar, transferirle a otra tamaño responsabilidad. En la claridad conceptual de SAVATER: *“Los tiranos son los que dicen: ven y dame tu libertad, yo cargo con tu culpa y con tus elecciones, yo elegiré por ti, tú confía en mí que no necesitarás preocuparte, tú enchúfate a mí y yo seré libre por ti y cargaré con todas las partes malas de la libertad, tú vivirás y yo cargaré con la responsabilidad de la culpa. Ese es el secreto de las tiranías y de los totalitarismos, lo que incluso lleva a determinadas personas a ser capaces de sacrificar su vida biológica, que les permite haber renunciado a su libertad y haber estado conectados, digamos, con algo superior a la libertad humana, algo que decide por los humanos y está al margen de las vacilaciones y dudas. Probablemente nuestro tiempo tendrá ese peligro del miedo a la libertad, del deseo de renunciar a ella, de buscar a alguien que nos descargue de esa pesada carga, que la lleve por nosotros, que nos permita, aunque sea viviendo una vida vicaria y en cierto modo humillante, no tener la preocupación, y la obligación de elegir*

2. En el contexto del Estado democrático de Derecho la consecuencia directa e inmediata del postulado de los Derechos Humanos es la sustitución de las antiguas relaciones del poder, típicas de las formas autoritarias del Estado, por nuevas relaciones reguladas por el Derecho

Esas nuevas relaciones se caracterizan porque la Administración ya no se va a presentar dotada de un poder de *imperium*, sin límites precisos, sino como un sujeto de Derecho, que, aun cuando se halle en situación de supremacía respecto del particular, en virtud de la tutela del interés público, carece de legitimidad para actuar más allá de las facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le apodera. Además, la operatividad del concepto de ciudadano titular de unos derechos subjetivos (derechos de rango constitucional y supraconstitucional), oponibles a la actuación de la Administración, conduce también a la valoración del particular como sujeto de derecho, y en tal carácter titular de

permanentemente" ("La Libertad como Destino". Fundación José Manuel Lara Sevilla, España, 2004, pp. 60-61). El segundo, "la admiración al poderoso" explica la exaltación de los caudillos y guerreros, y de los regímenes autoritarios. Esa es la historia de Venezuela, una historia de caudillos militares: José Antonio Páez, José Tadeo y José Gregorio Monagas, Joaquín Crespo, Antonio Guzmán Blanco, Cipriano Castro, JV Gómez, etc., hoy Hugo Chávez; una historia "épica" de supuestos "héroes", de batallas, de ese lenguaje patrioter, grandilocuente y guerrero, oloroso a pólvora y sangre, rayano en lo cursi. Nada más expresivo de ese inocultable culto al poder y al poderoso que las recientes declaraciones de OSWALDO GUILLÉN acerca de la admiración que le inspira Fidel Castro porque en más de 50 años nada, ni nadie, lo han podido desalojar del poder. O la de un conocido periodista que hace unos años declaró que Hugo Chávez F. era el "político" más competente de su generación por su "habilidad" para mantenerse en el poder. O aquella insólita de un reconocido constitucionalista que en el momento en que se sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente el proyecto de Constitución Nacional (1999) declaró que en esa materia la opinión de Chávez "era infalible". Y es que no hay sumisión, sin adulación. ¿Cuántos supuestos opositores al actual régimen de poder no admiran en secreto a Chávez Frías? ¿Hasta qué punto nuestro pueblo cree en la democracia sustantiva o el sistema político basado en el reconocimiento, respeto y garantía de las libertades y derechos civiles, políticos, económicos y sociales? No hay duda de que esos rasgos psicológicos, antes señalados, explican que en 182 años de Venezuela como república independiente (1830-2012), apenas en 40 haya funcionado, con grandes dificultades, un sistema democrático y un Estado de Derecho garantes de las libertades y derechos ciudadanos. La democracia, con su pluralismo político, la alternabilidad en el poder, y el control político, institucional y jurídico de los actos estatales, ha sido la excepción. La regla, los regímenes militaristas autoritarios. No nos llamemos a engaño, la cultura democrática del venezolano se limita, en lo básico, al voto. Para la mayoría es suficiente con la posibilidad de votar, no importa si luego el gobernante electo hace lo que le da la gana, ejerce el poder en forma abusiva y arbitraria, despilfarra los recursos de la Nación, viola los derechos humanos, con tal de que yo no sea la víctima. Y si, además, reparte migajas y de alguna manera consigo, aunque sea una partecita de la torta, del botín petrolero, ¿Cómo no apoyar al campeón del populismo?

una posición jurídica activa. Deja de ser el objeto pasivo de una acción que se impone de manera forzosa (la noción de administrado).

Piénsese en la transformación sin precedentes del Derecho Administrativo. ¿Puede seguirse manteniendo el concepto de un Derecho especial y estatutario aplicable únicamente a la Administración, caracterizado por prerrogativas y poderes exorbitantes otorgados a esa organización estatal para el cumplimiento de sus funciones y fines? ¿Acaso el particular (que no debería catalogarse como “administrado”) no es sujeto de las normas de esa rama del derecho? No se trata de predicar aquí la total desaparición de las notas definitorias del Derecho Administrativo, como tampoco de asimilarlo al Derecho Civil o Mercantil (llamado Derecho Común). Ello no se correspondería con la realidad. Pero, no incurro en error de apreciación al matizar los principios dogmáticos clásicos de esa rama del Derecho. En primer lugar, ya no es el régimen jurídico exclusivo de la Administración. El particular es sujeto de sus normas, y no en un plano incidental, o secundario. La teoría de los derechos subjetivos típicos y de los intereses legítimos, directos y personales del particular, es capítulo fundamental del Derecho Administrativo. Precisamente, con la vigencia formal de la LOPA (artículo 47 y siguientes) el interesado es titular del derecho a formar parte del *iter* procedimental conducente a la formación del acto administrativo resolutorio que puede incidir de manera favorable o desfavorable en la esfera vital de sus derechos e intereses. Se trata del derecho a la participación activa en el procedimiento realizando alegatos y ofreciendo las pruebas necesarias para demostrar la legitimidad de su posición jurídica (derecho a ser notificado, a examinar el expediente de su caso, solicitar copias certificadas, presentar alegatos por escrito, ser recibido en audiencia oral por la autoridad instructora, particularmente en los supuestos de procedimientos de índole sancionadora, plantear quejas por ante el superior jerárquico de la autoridad instructora, ofrecer pruebas que deben ser examinadas y valoradas, etc.).

En segundo lugar, y como antes se acotó, este Derecho dejó de constituir un mero sistema de normas orgánicas de naturaleza instrumental. Un Derecho ordenado a la realización de una función del Estado: la administrativa, en términos de status de poder. Para el Derecho Administrativo de estos tiempos, la Administración es esencialmente un sujeto de Derecho. Otro problema deriva de la posición jurídica de ese sujeto articulado a la estructura formal del Estado en sus relaciones con los particulares. La conversión del Estado-Administración en sujeto de relaciones jurídicas transmuta la naturaleza instrumental del ordenamiento jurídico-administrativo (Derecho Objetivo), el concepto tradicional de ese ordenamiento como medio de legitimación de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, y se convierte en el

Derecho que regula las relaciones entre sujetos de derecho como es el caso del derecho Civil, del Mercantil, del Laboral. Se sitúa, así, en el mismo plano de las otras ramas del Derecho.

3. La modificación conceptual (ideológica) de la naturaleza jurídica de la Administración no ha sido un proceso pacífico

La transmutación conceptual de la Administración que de mero instrumento de poder del Estado pasa a la categoría de sujeto de derecho cuya organización y funciones (potestades) es una creación del ordenamiento jurídico, así como la valoración del particular que de súbdito, objeto pasivo de la acción de administrar, pasa a la categoría sujeto de derecho titular de una posición jurídica activa garantizada por una norma supraestatal (la Constitución); y la consecuencia lógica de todo ello: la sustitución de las antiguas relaciones de poder entre la Administración y los particulares por relaciones de orden jurídico, objeto de regulación jurídica, y no de la voluntad unilateral y arbitraria del poder estatal, no ha sido un proceso pacífico. La doctrina de Derecho Administrativo se resistió en un principio a la aplicación de la teoría de la relación jurídica al ámbito del Derecho Administrativo. En la actualidad todavía algunos autores desconocen este hecho y continúan aferrados a la dogmática tradicional de la disciplina. Sus manuales y tratados ignoran al particular, o simplemente lo sitúan al final de la acción de administrar, vale decir, sobre quién recae los actos de autoridad de la Administración-poder. La pretensión de construir una dogmática sobre principios, conceptos y categorías separados en forma total y absoluta del patrimonio doctrinario elaborado por los privatistas, explica la cortedad de miras de los llamados administrativistas, en particular la doctrina francesa. La tardía admisión de la cualidad jurídica de la Administración Pública, su carácter de sujeto de Derecho, es resabio del absurdo temor a la contaminación de los principios del Derecho Público con los de la ciencia *jus* privatista. No se ha querido reconocer que hay categorías jurídicas comunes a todas las ramas del Derecho. Desde que en una sociedad organizada existe un ordenamiento jurídico único, en cuyo vértice se halla la Constitución, fusión de las normas de Derecho Público y de Derecho privado, se impone –como antes he acotado– la operatividad de categorías tales como: sujeto de derecho, derecho subjetivo, deber jurídico, relación jurídica, procedimiento, proceso, contrato, hecho ilícito, etc. El “orden jurídico” de una sociedad sería inoperante sin la aplicación de esas categorías jurídicas básicas.

Otro factor que explica esa resistencia conceptual es la ideología del “poder de *imperium*” del Estado Monárquico-Absolutista, que, a pesar de los profundos cambios generados por el “constitucionalismo parlamentario” respecto del concepto del poder estatal con la progresiva de

la formación del modelo de Estado de Derecho durante los siglos XVIII, XIX y XX, se refugió en la Ciencia y el Derecho de una organización estatal carente de la legitimidad democrática del parlamento. En Venezuela, a pesar del esfuerzo legislativo de los 40 años del Estado democrático de Derecho, con la sanción de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982) y la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987) que incorporan definitivamente el concepto de relación jurídica para definir los vínculos entre el Estado y los ciudadanos, y la jurisprudencia del contencioso-administrativo favorable a esa orientación, aún antes de la vigencia de las mencionadas leyes, así como la “constitucionalización de la teoría servicial de la Administración Pública” (CN, 1999), ésta sigue practicando esa ideología autoritaria, máxime en el contexto de un régimen de plena y total concentración del poder estatal en la persona del “Presidente de la República”, primero Hugo Chávez Frías (1999-2013) y luego el ilegítimo y usurpador Nicolás Maduro desde el 2013 al presente, es decir, un régimen autoritario con vocación totalitaria que se caracteriza por la violación continua y sistemática de la Constitución Nacional, una mera “Constitución de papel” (AMBROSIO OROPEZA). El artículo 141 de dicha Constitución es definitivamente letra muerta:

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y el derecho.

El abuso de poder es consustancial a una administración volcada sobre sí misma que practica la cultura del secreto administrativo, una administración tradicionalmente hostil a los particulares. La función pública divorciada de su sentido de servicio, se distorsiona en fueros, prerrogativas y privilegios, Derecho y realidad administrativa se contraponen. Es más, el primero no ordena a la segunda. La rebeldía de las viejas costumbres políticas y administrativas, ligadas al concepto personalista y patrimonialista del Poder exaltado como en ninguna otra etapa de la accidentada historia republicana por el actual régimen político y de gobierno, es una situación subversiva del orden jurídico que impide la realización de los postulados del Estado democrático y social de Derecho y de justicia declarados en la Constitución Nacional (arts. 2 y 3).

Dentro de ese implacable universo administrativo real no existe la convicción y la voluntad política para admitir que el particular, persona natural o jurídica, es titular de posiciones jurídicas activas (derechos). El tráfico de influencias, la discriminación por motivos ideológicos, el soborno y la coima, la extorsión, sustituyen la objetiva e imparcial aplicación de las normas. No se declaran o constituyen derechos, se conceden favores y gracias administrativas, se “compran” mediante soborno

decisiones favorables. La discrecionalidad, más bien, la arbitrariedad, constituye la regla de la actuación administrativa, desapareciendo las otrora esferas del Derecho que, por su propia naturaleza, implicaban el ejercicio de potestades administrativas regladas (Derecho Urbanístico, por ejemplo)³¹. El horizonte de las prácticas políticas y administrativas del autoritarismo estatal persiste en el contexto de un Estado formalmente democrático de Derecho según la norma constitucional, convertida en cadáver, letra muerta, con la instauración del neocaudillismo militarista (herencia nefasta del siglo XIX y de los primeros treinta y cinco años del XX) en la figura de Hugo Chávez Frías (1999-2013) y la permanencia, aun después de la muerte de ese fantasma surgido del tenebroso pasado, de una estructura militarista integrada a una organización transnacional del crimen organizado (Foro de Sao Paulo-Puebla-La Habana), bajo la engañosa bandera de una revolución socialista a cuya cabeza funge de presidente Nicolás Maduro (2013-¿?). Y ello porque el autoritarismo con todas sus secuelas vive en las creencias de gran parte de los venezolanos, a pesar de la denominada “catástrofe humanitaria” epíteto que oculta algo mucho peor: una “catástrofe antropológica”.

III. Características, elementos y clases de relación jurídico-administrativa

1. Características

A. Excepción al principio de igualdad entre las partes

En un sentido “amplio” la relación jurídico-administrativa se formaliza cuando la norma atribuye a un sujeto una situación de preeminencia (de supremacía) sobre el otro. El “sujeto administrativo”, independientemente de que sea o no una administración pública estricto *sensu* (otra organización del Estado o una persona de Derecho Privado dotada de potestades administrativas por delegación de ley), se encuentra normalmente en esa posición de supremacía (relativa, limitada) respecto del particular.

Al respecto, GARCÍA TREVIJANO expresa:

Hay relaciones jurídico públicas cuando uno de los miembros de la relación, al menos uno, es Administración Pública, pero actuando en posición de

³¹ La magnífica Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (1987) que significó un avance en esa materia, sustituyendo la engorrosa permisología exigida antes de la vigencia de la misma, por la “constatación” del cumplimiento de las Variables Urbanas previstas en dicha Ley por parte del interesado. Artículo 85: “*Los organismos municipales dispondrán de un plazo de treinta (30) días continuos, en el caso de edificaciones o de noventa (90) días continuos, en el caso de urbanizaciones, para constatar únicamente que el proyecto presentado se ajusta a las variables urbanas fundamentales establecidas en esta Ley*”.

supremacía. Es requisito indispensable para que unas relaciones jurídicas sean administrativas, el que intervenga siempre, en una de sus partes, al menos, la Administración Pública. Pero esto no es suficiente, se requiere que esta actuación de la Administración lo sea en faceta de poder, de supremacía, porque cuando se desviste de ella la relación jurídica será privada³².

Tal supremacía deriva de la titularidad de un poder jurídico de actuación, susceptible, en su ejercicio concreto, de constituir autoritaria y unilateralmente una situación jurídica subjetiva en la esfera del particular. Pero esa supremacía, no implica, reitero, que el particular se halle a merced, inerte, frente a los poderes administrativos, pues aún en el ámbito de los supuestos en los cuales su situación sea preponderantemente pasiva: se caracterice por el cumplimiento forzoso de obligaciones, es decir, de prestaciones materiales o personales exigidas por la Administración con fundamento en el acto administrativo constitutivo de las mismas, el particular es titular de un haz de derechos superiores garantizados en la Constitución: los derechos fundamentales que integran la esfera de los intereses vitales de la persona, muro de contención infranqueable, valla para la actuación de la Administración Pública. La Ley Orgánica de la Administración Pública establece como objetivo o finalidad fundamental de dicha organización pública garantizar los derechos humanos en las relaciones jurídico-administrativas:

La Administración Pública tendrá como principal objetivo de su organización y funcionamiento dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en especial, garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (art. 3.).

Norma ineficaz, letra muerta. En los hechos la discriminación y vulneración de los derechos humanos opera como el modo “normal” de actuación del funcionariado bolivariano³³. Los hechos demuestran que esa loable finalidad forma parte de la “demagogia jurídica”, del populismo canalla de un régimen de poder opresivo. Esa supuesta garantía del goce y ejercicio de los derechos humanos “sin discriminación alguna”, no es real; es lo contrario, la discriminación es el proceder ordinario del funcionariado “bolivariano”. Basta con citar el ejemplo del llamado

³² García Trevijano. Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1968, Vol. I, pp. 487-488.

³³ Típico de los regímenes de poder autocalificados como socialistas, como lo expresó ORWELL (1984), todo a la inversa: la mentira es la verdad, la injusticia la justicia, la discriminación la igualdad. Progresivamente mediante la mentira y el neolenguaje se va produciendo una transformación mental de la población, una suerte de desquiciamiento colectivo: el miedo, la inseguridad, la desesperanza se apoderan de los espíritus de un pueblo sumido en la ruina, en la miseria, sobreviviendo a duras penas.

“CLAP” (El sistema de distribución de alimentos de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción), suerte de “cartilla de racionamiento”³⁴

³⁴ La libreta de racionamiento cubana no garantiza el derecho a la alimentación Sergio Angel *Coautora Nastassja Rojas*. En su intervención ante la Asamblea General de Naciones Unidas del 23 de septiembre, el presidente Miguel Díaz-Canel sostuvo que *“a pesar de los obstáculos, el Gobierno cubano, con extraordinarios esfuerzos y pese a carencias y dificultades, garantiza el derecho universal a la alimentación a través de la canasta básica familiar normada, que reciben todos los cubanos y cubanas, y que incluye 19 productos alimenticios de primera necesidad a precios asequibles”*. Sin embargo, la realidad de los cubanos de a pie dista mucho de la enunciada por el presidente. La libreta no alcanza a cubrir los 19 productos y los que incluye no son suficientes, ni en variedad ni en cantidad para cubrir las necesidades de todo un mes. En términos prácticos, se le entrega una libreta a cada núcleo familiar, donde se incluyen los nombres, edades y sexos de las personas que la conforman, y con esta retiran los alimentos. Hay productos que llegan una vez al mes, pero es común que no todos lleguen al tiempo, por lo que las personas esperan hasta mediados o finales de mes para que se acumulen todos los productos en la bodega y así evitar ir más de una vez. ¿Qué incluye la canasta? Aunque no todas las personas manifiestan recibir los mismos productos, los más comunes de encontrar son el arroz, la azúcar blanca, azúcar prieta, granos –generalmente chícharos– café, espagueti, frijoles, sal y fósforos. Y en relación con los cárnicos, aunque hay variaciones, se refieren a pollo o pescado, mortadela, picadillo de soya y huevos. Los niños y personas mayores tienen una dieta especial y reciben otros productos adicionales. Si los productos de la canasta no alcanzan para completar el mes, los cubanos pueden dirigirse a las tiendas en moneda nacional, sin embargo, estas venden únicamente uno o dos productos y para conseguirlos se deben realizar largas filas. Pero hacer las filas no garantiza que se pueda conseguirlos, pues es común que estos se agoten y las personas tengan que volver nuevamente. Además, los productos suelen estar racionados y se venden en cantidades limitadas. Dadas estas circunstancias, en octubre de 2019 el gobierno decidió abrir tiendas en Moneda libremente Convertible (MLC) para que las personas puedan acceder a ciertos electrodomésticos y repuestos. Pero a partir del año 2020, se dio la instrucción de vender también productos de primera necesidad bajo el argumento de captar divisas y con estas abastecer las tiendas en moneda nacional. La realidad en el último año es que las tiendas en moneda nacional permanecen desabastecidas y la promesa nunca se cumplió, pero además se generó aún mayor desigualdad en el acceso a los alimentos porque no todos los cubanos pueden acceder a MLC. De acuerdo con el Observatorio Cubano de Derechos Humanos, para 6 de cada 10 familias los alimentos de la libreta de racionamiento solo cubren entre 5 y 10 días, y además, el 70% de las familias encuestadas indicó que hubo escasez de alimentos básicos en los últimos tres meses. Esto quiere decir que la libreta es insuficiente para cumplir las necesidades de alimentación de la población y las alternativas de abastecimiento son insuficientes. Lo más grave de la situación es que el 67% de los encuestados califica la alimentación familiar como deficiente, mientras que el 38% manifiesta haber tenido que dejar de hacer alguna comida por falta de dinero o de recursos. Y aunque no hay registros sobre los alimentos consumidos, es de esperar que estos no cumplan con la dieta requerida dadas las circunstancias de la isla. ¿Culpa del bloqueo? El gobierno culpa al bloqueo de la situación de desabastecimiento, pero las alternativas ideadas por el mismo gobierno como las tiendas en MLC han terminado por agravar la situación. El derecho a la alimentación es entendido, no solo como el acceso a alimentos, sino también como el acceso regular, permanente e irrestricto a alimentos

empleada desde hace más de 60 años en Cuba por la dictadura castro comunista, una manera de controlar mediante el hambre a la población, manteniendo a la mayoría de la población (a excepción de la cúpula del régimen, la nomenclatura del partido comunista) en situación de desnutrición, que no se mueran de hambre, pero tampoco que tengan acceso a una alimentación equilibrada, a las proteínas necesarias para garantizar el desarrollo de individuos con mentes capaces de pensar en forma crítica, reflexiva, además de la “educación” ideologizante, el “lavado de cerebro”. En lo que respecta a la bolsa de comida “CLAP”, el régimen exige como condición para poder adquirir la misma que el pueblo hambriento (la Encuesta sobre Condiciones de Vida (Encovi) elaborada por la UCAB reveló que el 94,5 % de los venezolanos vive por debajo del umbral de pobreza. El nacional.com)³⁵ obtenga el denominado “carnet patria”³⁶, un auténtico chantaje típico de las estrategias de poder de los sistemas comunistas.

En el plano formal-normativo, entre los derechos de la esfera constitucionalmente protegidas que no deberían ceder siquiera en el supuesto extremo (radical) de las denominadas “relaciones especiales de sumisión”, cual es el caso del reo que cumple pena, resaltan los derechos a la inviolabilidad de la vida (art. 43 CN: “*El Estado protegerá la vida de las personas privadas de libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma*”); el respeto de la dignidad humana (art. 46.2); a no sufrir trato discriminatorio (art. 21); a no ser sometido a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 46.1); ni a experimentos científicos o exámenes médicos o de laboratorio sin su consentimiento, excepto cuando se encuentre en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley (art. 46.3). Los

cuantitativa y cualitativamente adecuados y suficientes. Por ello, el discurso de Díaz-Canel, además de estar lleno de falsedades, se presenta como una afrenta a los compromisos internacionales de Cuba, un país que está lejos de cumplir con su responsabilidad internacional en cuanto a la garantía de los Derechos Humanos, y particularmente del derecho a la alimentación. Pese a que el presidente mencionó su compromiso con la seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación, la isla aún no ha ratificado, entre otros, dos de los instrumentos más importantes de Derechos Humanos, los cuales conforman junto con la Declaración Universal la Carta Internacional de Derechos Humanos y que además son parte de los pilares del mandato de la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación. Sin embargo, es menester recordar que las obligaciones que tienen los Estados frente al cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos... La libreta de racionamiento más que garantizar el acceso, permanente y sin restricciones a la alimentación, es una forma vedada de chantaje que genera dependencia del Estado para garantizar el sustento y una forma de control social por la pauperización y la espera. Nastassja Rojas, en <https://bit.ly/3pir9Kc>

³⁵ Cfr. El Nacional (26-05-2022), *Ni para sobrevivir*, en <https://bit.ly/3QPkj1s>

³⁶ Cfr. El Diario (13-05-2021), *Pago del CLAP solo se permitirá a través del carnet de la patria*, en <https://bit.ly/3AmhWMA>

derechos humanos primarios, asociados de manera inmediata a la dignidad humana, se hallan integrados a la persona, al menos en el plano formal, no importa cuales fueren sus circunstancias y avatares. No voy a insistir en que tales derechos son burda y groseramente objeto de violación permanente; es más, tal ese es el proceder “normal” de la llamada “administración penitenciaria”, basta señalar algunos casos³⁷.

Es conveniente aclarar que la aplicación de la Teoría de la Relación Jurídica al campo del Derecho Administrativo no significa desconocer la naturaleza “estatal” de la Administración Pública, y de las “prerrogativas” de Poder Público que por ello esa organización detenta, no obstante, los significativos avances en pro de la juridización de su actividad. Lo esencial es que esa posición de preeminencia legitimada, en última instancia, en la tutela de un interés reputado de superior: el interés público, es creación del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la teoría de los “poderes o potestades implícitos” de la Administración Pública es inaceptable en el contexto del Estado de Derecho. Aun cuando la doctrina polemice acerca de la factibilidad de unos poderes que derivarían de la naturaleza propia de la función administrativa del Estado, lo cierto es que de admitirse la legitimidad de esa suerte de potestades, salvo en el caso extremo del llamado “Estado de necesidad administrativa” que justifica la adopción de medidas no previstas en el ordenamiento jurídico-administrativo para tutelar los bienes jurídicos amenazados de daño por hechos que imprevisiblemente irrumpen la normalidad administrativa, se le estaría abriendo a la Administración pública una puerta franca a la arbitrariedad, el abuso y la desviación de poder.

¿Qué pensar de la aplicación de esa doctrina en Venezuela?

En el país, aún en los casos del ejercicio de potestades expresamente tasadas en la ley, observamos como un hecho cotidiano, percibido, inclusive, como algo normal por los agentes de la Administración Pública en todas sus modalidades territoriales y funcionales (nacional, estatal, municipal), el abuso y la desviación de poder; en suma, la arbitrariedad, rasgo definitorio del modo de actuar del Poder Ejecutivo y la Administración Pública, de la mayoría de los jueces y funcionarios auxiliares del Poder Judicial, del Poder Legislativo, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Consejo Nacional Electoral, Contraloría General de la República. En una palabra, de la totalidad de los poderes públicos de un “Estado” en proceso acelerado de desinstitucionalización y su sustitución por un régimen pre estatal de naturaleza personalista o la

³⁷ Cfr. Opendemocracy (19-10-2021), *Se intensifica la violación de los derechos humanos de los presos políticos en Venezuela*, en <https://bit.ly/3PPSICs>

concentración *de facto* del poder de decisión de las diferentes ramas del poder estatal en la persona del presidente de la República³⁸.

³⁸ Escrito en el año 2009, ese proceso se consolidó, desapareciendo de manera absoluta la separación de poderes, principio exigido en la Carta Democrática Interamericana (2001) para calificar de democracia representativa y de Estado de Derecho a un determinado régimen político. Nada nuevo en Venezuela, la excepción fue la relativa separación de poderes en los 40 años del ensayo democrático. He insistido en artículos publicados en soberanía.org, página web confiscada por el régimen dictatorial, criminal, en el 2016 y en comentarios en redes sociales como no puede calificarse de Estado institucional al actual régimen de poder, pues el rasgo fundamental de la soberanía en lo externo (dependencia de Cuba) y en lo interno (existencia de carteles de la droga y grupos armados: ELN, FARC “disidente” que controlan partes del territorio nacional), requisito para constatar la existencia de un Estado desaparecieron, dando lugar a una organización criminal estructurada como una “federación de mafias”. Además, ¿Cómo calificar de Estado a un poder que no lleva a cabo las funciones primarias, básicas, que legitiman el poder estatal como lo es la garantía de la vida y la seguridad de los ciudadanos? Los fines que debe realizar la organización estatal varían en función de las coyunturas históricas y, dentro de ellas, de las distintas ideas, imágenes o representaciones del Estado y de la diversa estructuración de las fuerzas sociales. Sin embargo, en cualquier caso, ha de cumplir, al menos, con los siguientes fines: A) Asegurar su propia existencia y reproducción como organización, ya que, como todas las organizaciones, está amenazado de un proceso de entropía, es decir, de desorden y degeneración crecientes si no se desarrolla una energía capaz de neutralizarla (GARCÍA PELAYO). Se trata de la dialéctica entre las fuerzas centrífugas: unión, articulación, concentración en torno a un centro de poder y las fuerzas centrípetas: separación de determinados grupos poblacionales, o comunidades, por razones históricas vinculadas a motivaciones étnicas, lingüísticas, religiosas, que no se sienten integradas al Estado nacional, como es el caso en la actualidad del movimiento separatista en la comunidad catalana en España; b) Garantizar la convivencia pacífica dentro de su territorio, la llamada paz pública o paz social, lo que no supone la eliminación de los antagonismos, sino su canalización por vías jurídicas. Esta finalidad es propia del Estado democrático de Derecho, pues en los sistemas totalitarios, por la propia naturaleza del régimen político, no hay cabida para la convivencia pacífica. Es más, no existe tal convivencia, sino una situación de desconfianza entre los individuos y de miedo, temor y terror respecto del Estado; c) Garantizar una dosis o medida básica de seguridad a los ciudadanos controlando y reduciendo la violencia criminal y política a límites tolerables, puesto que es imposible su eliminación total. Para ello el Estado, tal es uno de sus rasgos, tiene el monopolio de la violencia legítima y de los medios represivos (fuerzas armadas, policías, tribunales penales, cárceles). En su proceso de conformación el Estado confiscó los medios y el uso de la violencia al individuo y la sociedad (la prohibición de hacerse justicia por sí mismo). En este tema ya me referí anteriormente a la situación de gravísima inseguridad que padecemos los habitantes de Venezuela por el auge de la criminalidad, la insólita impunidad (93%), el abandono de toda política represiva del delito y su consecuencia: la calificación del Estado como “fallido”; d) Asegurar su permanencia como entidad soberana dentro de la comunidad internacional (Función de Seguridad y Defensa de la Nación). Estos son los fines permanentes, consustanciales con la esencia y existencia del Estado, pero a los que cada época histórica o tendencia política añade los suyos propios. Meier

B. Matizaciones de la excepción: principio de igualdad entre las partes

En un sentido “estricto” a la situación de poder-derecho de un sujeto corresponde una situación específica de deber-obligación positiva o negativa de otro sujeto. Ese es el esquema de la modalidad de relación jurídico-administrativa de la Teoría de las Obligaciones Administrativas, vale decir, la constitución de situaciones de gravámenes a los particulares por vía de actos administrativos de efectos particulares. Ahora bien, el Derecho Administrativo conoce también relaciones en las cuales el particular se presenta en condición de titular de una situación activa o de ventaja (derecho subjetivo), que obliga a la Administración a efectuar una prestación determinada (un hacer positivo) o a abstenerse de actuaciones concretas (un no hacer), porque con ello se da satisfacción al derecho o pretensión subjetiva del particular. De manera que el esquema primario de la relación jurídico-administrativa exige las matizaciones correspondientes para comprender las nuevas situaciones jurídicas que van surgiendo de la actual dinámica del Derecho Administrativo, bajo el impulso de la tendencia moderadora de los poderes de la Administración y de las garantías a los derechos fundamentales de los particulares.

2. Los elementos de la relación jurídico-administrativa

Respecto a los elementos que integran la relación jurídico-administrativa, basta remitirnos al planteamiento general en la materia. Recordemos que la estructura de la relación jurídica integra estos elementos: el subjetivo, el objetivo, el material, el causal y el teleológico.

A. El elemento subjetivo

Es doble: el sujeto activo y el pasivo. El primero es el titular del derecho o poder que la relación contiene; el segundo, el sujeto obligado en concreto a efectuar la conducta encaminada a la satisfacción del mencionado derecho. Acabamos de advertir acerca del riesgo de simplificar el esquema de la relación jurídico-administrativa identificando a la Administración como el sujeto activo y al particular como el pasivo. Tal planteamiento no se ajusta totalmente a la realidad por las razones siguientes:

a. Si bien es cierto que en toda relación de esta naturaleza ha de figurar, en principio, la Administración o una organización del Estado que realice actividades administrativas, esto es, una persona jurídica de Derecho Privado que lleve a cabo actividades de interés general por delegación de ley o de acto administrativo, pues caso contrario no sería

Henrique. Fundamentos de Teoría Político-Constitucional (inédito). Universidad Metropolitana, Caracas 2016, p. 238.

regulada por el Derecho Administrativo, y que dicho sujeto (el administrativo) usualmente asume el papel de activo frente al particular (sujeto pasivo), no puede soslayarse que muchas de esas relaciones son complejas: los sujetos que en ellas intervienen, el administrativo y el particular, actúan simultáneamente como titulares de derechos y obligaciones, como por ejemplo la concesión de servicio público, de dominio público, etc. Además, en ocasiones la Administración asume el carácter exclusivo de sujeto pasivo, por ejemplo en los casos en que está obligada a indemnizar a los particulares lesionados por el funcionamiento de los servicios públicos, o por la realización de una obra pública (art. 140 CN: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento la Administración Pública”*). Difícil, por no decir imposible, que ese principio opere en la actual realidad de Venezuela.

b. Los sujetos de la relación jurídico-administrativa no siempre son un ente público administrativo y un particular. Cada día son más frecuentes los casos de relaciones jurídico administrativas en la que los dos sujetos son entidades públicas. Ejemplo: convenios entre entes de la Administración Central del Estado y de las administraciones territoriales autónomas, las entidades federales (estados) y las entidades locales descentralizadas (municipios). Esos convenios se llevaban a cabo en el pasado en el contexto del ensayo de Estado democrático de Derecho, difícil que hoy continúe esa práctica institucional dado el proceso de “re-centralización” del poder estatal iniciado desde el tiempo de la presidencia de Hugo Chávez Frías.

c. Porque la doctrina, y en particular la jurisprudencia, tiende a calificar de relación jurídico-administrativa a aquella que se establece entre sujetos privados o particulares cuando uno de ellos es una organización, una persona jurídica que por delegación de Ley o de acto administrativo, por ejemplo, el concesionario de servicio público, actúa potestades de naturaleza administrativa y en tal virtud dicta actos materialmente administrativos, sometiéndose, en consecuencia, al control de los tribunales de lo Contencioso-Administrativo (art. 259 CN). Este supuesto tampoco creo que siga teniendo validez en el actual régimen de poder dada la “estatalización” del ámbito de los servicios públicos.

B. El elemento objetivo

El elemento objetivo de la relación jurídico-administrativa lo constituyen los actos humanos (desempeño de su cargo por el funcionario, prestación del servicio militar por el conscripto, pago del tributo o impuesto debido por el contribuyente, etc.) o las cosas (ejercicio de los derechos articulados a la concesión de dominio público por el

concesionario, la transferencia coactiva del bien expropiado a que está obligado el expropiado, etc.).

C. El contenido

El contenido de la relación jurídico-administrativa se descompone en los derechos y obligaciones que recaen sobre el objeto de aquella (derechos de uso privativo del dominio público, deber del desempeño fiel del cargo, deber de cumplimiento de la sanción impuesta, etc.) y corresponden, por supuesto, a los sujetos que en ella intervienen.

D. El elemento causal

La causa u origen de la relación jurídico-administrativa es compleja. El ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la relación a la ocurrencia de determinados hechos, que por ellos son calificados de jurídicos. Esos "hechos jurídicos" pueden consistir en conductas formales o materiales del sujeto administrativo, o en sus conductas omisivas (el silencio administrativo y la abstención). La típica relación jurídico-administrativa se formaliza en el acto administrativo, tanto el unilateral y autoritario de efectos particulares, como el bilateral y convencional: el contrato administrativo. En el primer supuesto la causa de la relación se identifica con la del acto mismo. Y es que el sujeto administrativo de acuerdo con el principio de legalidad no debe ejercitar las potestades público-administrativas a su libre arbitrio, pues aún en el ámbito de la competencia discrecional, la apreciación del mérito o conveniencia de la actuación no comprende el supuesto de hecho que la habilita (autoriza). La Administración no puede fabricar (no debe, de hecho, lo hace), inventar los hechos que constituyen el supuesto (el presupuesto) para el legítimo ejercicio del poder jurídico conferido por la norma (debería ser así, en la práctica ocurre con frecuencia el falso supuesto y la ausencia absoluta de hechos que legitimen el ejercicio de las potestades administrativas). Tales hechos deben ser acontecimientos objetivos, independientes de la voluntad del sujeto administrativo. Problema distinto es la calificación jurídica de los mismos. La relación jurídica formal contenida en el acto administrativo unilateral surge desde el momento en que se producen los hechos que habilitan la actuación administrativa. Por ejemplo, en los procedimientos de sanción la relación jurídica entre la Administración sancionadora y el particular a quien se dirige la actuación encaminada a determinar la contravención y su correspondiente sanción, se inicia cuando la primera abre el expediente para comprobar la ocurrencia de los "hechos típicos" de la infracción. Son esos hechos la causa del procedimiento, del acto administrativo-sancionador final, y por supuesto de la relación que se establece entre la Administración y el particular. Esas relaciones van mutando de naturaleza jurídica. Así, en el curso del procedimiento puede hablarse de relaciones jurídicas de

carácter procedimental, caracterizadas por las potestades y deberes del sujeto administrativo y los derechos y deberes del particular, respectivamente. Las posiciones jurídicas del sujeto administrativo y del particular en el desarrollo del *iter* procedimental se hallan definidas en la LOPA. El acto administrativo que resuelve el procedimiento contiene los derechos y obligaciones de los sujetos de la relación. El sancionado deberá cumplir la conducta en que consiste la sanción (por ejemplo, el pago de la multa). Por su parte, la Administración dispone de poder jurídico para exigir “compulsivamente” el cumplimiento de esa obligación. En los procedimientos iniciados a solicitud de parte interesada, la causa, el origen de la relación es la iniciativa del particular al plantear la petición por ante la Administración. Desde que un particular solicita la sustanciación de un procedimiento con el objeto de que se le declare o constituya un derecho, nace la relación entre éste y la Administración receptora de la petición.

Pueden apreciarse las diferencias de matices entre la relación jurídica que se establece durante el desarrollo del *iter* procedimental de la que se formaliza en el acto administrativo final, sea declarativo o de carácter constitutivo. En el primer supuesto, la relación jurídica es de estricto contenido procedimental, de manera que los derechos y deberes de las partes intervinientes, la Administración y el interesado, figuran en la norma (LOPA) en términos genéricos; mientras que la relación que se constituye en el acto administrativo final es de naturaleza sustantiva, y los derechos o deberes afectan de modo individual y circunstancial la esfera jurídico-subjetiva del particular, o le imponen a la Administración una conducta determinada (un hacer, o un no hacer). En cualquier caso, trátase de la iniciativa de oficio del sujeto administrativo, o la del particular en ejercicio del derecho de petición, el ordenamiento jurídico atribuye a esos hechos la cualidad para dar origen a determinadas relaciones jurídicas. Esquema diferente es el del acto administrativo bilateral (el contrato administrativo), pues la relación se origina por el “acuerdo de voluntades” de las partes. No es, por tanto, la voluntad unilateral de la Administración la que determina el contenido de la relación, sino el consentimiento o acuerdo entre el sujeto administrativo y el particular. La Administración puede también originar una relación por su actuación material, desprovista de título formal alguno (acto administrativo). La teoría del hecho ilícito es aplicable a la conducta de la Administración, la llamada “vía de hecho administrativa” compromete la responsabilidad penal, civil y disciplinaria del funcionario administrativo autor de la ilicitud. Al respecto, el artículo 78 de la LOPA establece: *“Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos”*.

La responsabilidad individual de los funcionarios públicos por abuso y desviación de poder está prevista en el artículo 139 de la CN: *“El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley”*.

En los casos en los que la vía de hecho signifique o amenaza de violación a los derechos humanos de los particulares garantizados en la Constitución “podría” teóricamente posibilitar el ejercicio de la acción de amparo para demandar la tutela judicial de ese derecho frente a la actuación antijurídica del sujeto administrativo (art. 27 CN y 2 de la Ley orgánica de Amparo a la Libertad y la seguridad Personal)³⁹; sin embargo, en la práctica, la esfera de la realidad, dificulto que en el contexto del actual régimen de poder ello pudiera ocurrir. Ahora bien, la pretensión de amparo constitucional exige como presupuesto pre-procesal la existencia de una relación jurídica creada, precisamente, por la conducta antijurídica del sujeto agravante (la causa u origen de esa relación). El particular afectado en su derecho o derechos puede también dirigirse directamente o por medio de su representante legal ante el Ministerio Público *“para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubiere incurrido”* el funcionario que incurrió en la vía de hecho. Asimismo, puede acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta *“inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones”* (art. 10 LOAP)⁴⁰. El silencio y la omisión de la Administración operan también como elementos causales de las relaciones jurídico-administrativas. La Administración, por medio del órgano competente, debe dar expresa y oportuna respuesta a las peticiones de los particulares. La falta de esa respuesta habilita al particular para considerar que el sujeto administrativo ha resuelto negativamente su pretensión (rechazo) y ello le da derecho a intentar el recurso inmediato siguiente (art. 4° LOPA). La abstención u “omisión” consiste en el incumplimiento de la pretensión que por la Ley debe la Administración al particular. En el tiempo pasado del ensayo del Estado de Derecho, si en determinadas circunstancias tal abstención lesionaba un derecho del particular de rango constitucional también hacía factible la acción de amparo tendente a restablecer la situación jurídica infringida según prescribía el artículo 5° de la LOAGC, derogado por la infausta “reforma” de 2022. Bueno, entendámonos, infausta para quienes creemos en el Estado democrático de Derecho, no

³⁹ Esa “ley” promulgada el 22-09-2021 derogó el Capítulo V de la excelente Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales de 1988, es decir la esencia de esa Ley, reduciendo el nuevo instrumento normativo a una estructura formal vacua. De cualquier manera, ya antes de esa “reforma” la Ley había sido convertida en letra muerta como todo el ordenamiento jurídico del tiempo de la democracia representativa y ensayo de Estado de Derecho.

⁴⁰ Letra muerta, papel, derecho superfluo, pura cáscara formal.

para los integrantes de un régimen de poder que sanciona leyes para aparentar legitimidad jurídica, cuando en verdad se trata de una auténtica “perversión del derecho”.

E. La finalidad de la relación jurídico-administrativa

En lo atinente a la finalidad de la relación jurídico-administrativa conviene aclarar las distintas posiciones de los sujetos vinculados por esa relación. El sujeto administrativo al actuar prevalido de una potestad se halla inexorablemente obligado a realizar el fin institucional en virtud del cual le fue conferida tal potestad. En cambio, el particular se vincula con la Administración por motivos diferentes. En los supuestos de los actos favorables, vale decir, aquellos que crean, constituyen un determinado derecho en la esfera jurídica del particular ampliando su patrimonio jurídico, ese derecho prevalece como finalidad esencial de la relación jurídica contenida en el acto administrativo correspondiente. Sin embargo, debe aclararse que ello no implica que el interés público se supedita al interés particular jurídicamente tutelado. El respeto al derecho legítimamente adquirido por un particular a partir de la expresión de voluntad administrativa constitutiva en que consiste el objeto del acto administrativo favorable o de ventaja, es una manera de realizar el interés público. La oposición *per se* entre el interés público y el interés privado, o la concepción de la tesis conflictual entre ambos tipos de intereses, es un axioma característico de la concepción estatalista e intervencionista del Estado-administración sustentada en las ideologías autoritarias y su proyección en el ámbito jurídico inconcebible en el contexto del Derecho Administrativo de un Estado democrático de Derecho que reconozca y garantice constitucionalmente la universalidad de los derechos humanos. Y es que no puede hablarse de oposición o conflicto de intereses entre la Administración y los particulares en los casos en los que el acto administrativo, título jurídico de Derecho Público, crea un derecho subjetivo administrativo, una situación favorable en la esfera jurídica del peticionario o solicitante. Distinto es el supuesto del acto de gravamen, pues allí sí puede hablarse de conflicto de intereses. El sujeto administrativo al sancionar al infractor debe hacerlo con la finalidad de tutelar el orden público administrativo lesionado. El particular, por obvias razones, no puede coincidir en la defensa de los intereses de su esfera privada con el sujeto sancionador, pues la actuación de éste lógicamente tiene por objeto restablecer el orden público afectado por la conducta reprochable del infractor. Por esa razón, en los procedimientos administrativos sancionadores se plantea, al igual que en el proceso judicial penal, una situación jurídica controvertida con la particularidad de que la Administración actúa como juez y parte: instruye el expediente, formula cargos contra el presunto infractor (al igual que el representante del Ministerio Público en el proceso penal) y decide el

procedimiento. En lo único que puede decirse que hay una comunidad de intereses entre ambas partes es en el respeto de los principios, derechos y garantías articulados a la legalidad del procedimiento, exigencia inexcusable de la Administración en el Estado democrático de Derecho. El fin o finalidad última de la relación jurídico-administrativa es la realización del Derecho en el caso concreto, es decir, la plena realización de los derechos y obligaciones de los sujetos de dicha relación: el sujeto administrativo y el particular; en pocas palabras, la “función social” del Derecho como medio legítimo de mediación de las relaciones, en este ámbito, entre el Estado-administración y los particulares.

3. Diferentes clases de relaciones jurídico-administrativas

Unos breves comentarios acerca de las diferentes clases de relación jurídico-administrativa. Ya hemos hecho mención en ese tópico, sin embargo, creo conveniente recapitular las ideas expuestas.

A. Por el elemento subjetivo

En consideración al criterio subjetivo existen cuatro tipos o modalidades de relación jurídica, a saber:

a. La relación en la que los dos sujetos son públicos. Por ejemplo, los convenios que en los gobiernos de la llamada IV República se celebraban entre la Administración Pública Nacional y las administraciones estatales en el marco del proceso de descentralización político-administrativa, o los que suscribían dos o más administraciones municipales para la prestación mancomunada de determinados servicios públicos.

b. La relación típica clásica entre una administración pública personificada (la Administración Pública Nacional, las administraciones públicas estatales y las municipales, las administraciones públicas descentralizadas funcionalmente, por ejemplo, los institutos autónomos) y un particular (persona natural y jurídica).

c. La relación entre órganos del Estado integrados al Poder legislativo y al judicial que llevan a cabo modalidades secundarias o auxiliares de la “función administrativa”, es decir, que no son administraciones públicas en su sentido estricto orgánico-formal, y el particular que se vincula con esos órganos por motivos “organizacionales u organizativos”: Por ejemplo, los funcionarios del “Poder judicial” (jueces y funcionarios auxiliares) y la denominada “Dirección de la Magistratura” dependiente del “Tribunal Supremo de Justicia”, las relaciones entre los funcionarios administrativos del “Poder Legislativo” y los órganos directivos de la “Asamblea Nacional”.

d. En fin, la relación en la que los dos sujetos son particulares siempre que uno de ellos ostente la condición de autoridad por delegación

de la ley o de un acto administrativo, vale decir, sea titular de potestades semejantes a las de las administraciones públicas, y pueda con su actuación incidir en la esfera jurídico subjetiva del otro. En el primer supuesto es lo que ocurre con las relaciones entre los órganos directivos de las asociaciones, corporaciones y organizaciones en general de Derecho Privado que realizan actividades de interés general y sus asociados, por ejemplo, la organización Criollitos de Venezuela a la que la Ley del Deporte le atribuye por delegación esa condición de autoridad. El segundo supuesto es el caso típico del concesionario de un servicio público (empresa particular) y los usuarios de dicho servicio. En el contexto del actual régimen político y de gobierno esa posibilidad ya no existe dado el proceso de estatización de los servicios públicos (Por ejemplo, Electricidad de Caracas, CANTV).

B. Por el objeto

A semejanza de las relaciones jurídicas de Derecho Privado (Teoría de las Obligaciones) es fácil diferenciar entre aquellas que versan sobre una conducta determinada (una prestación, un hacer, como por ejemplo el servicio electoral obligatorio: obligación de carácter personal), de las que recaen sobre una determinada cosa, por ejemplo, el derecho constituido mediante autorización administrativa para que un particular tale (corte) una cantidad determinada de árboles en terrenos de su propiedad (derecho real administrativo).

C. Por su contenido

Cabe diferenciar las relaciones jurídicas simples de las complejas.

En las primeras, al derecho subjetivo de una parte corresponde exclusivamente el deber de otra. Así en el pasado en materia urbanística el particular que cumplía con los requisitos técnicos de las denominadas "Variables Urbanas Fundamentales" tenía derecho a que la administración urbanística le expidiera (obligación) la "Constancia de Cumplimiento" correspondiente (art. 85 Ley Orgánica de Ordenación Urbanística). En estos tiempos de la ignominia carezco de información al respecto, no sé si sigue vigente esa magnífica Ley, lo que sí sé es que el supuesto de que la misma no haya sido formalmente derogada por otra norma integrada al "derecho perverso", ese postulado que significó una auténtica reforma del régimen clásico de las autorizaciones administrativas, no tiene vigencia real, efectiva.

En las complejas, que constituyen la modalidad característica de la mayoría de las relaciones jurídico-administrativas, ambas partes son titulares de derechos y obligaciones. Por ejemplo, los contratos administrativos de obras y servicios.

D. Por la posición jurídica de los sujetos

Desde el punto de vista de la posición jurídica de los sujetos de la relación jurídica, vamos a encontrar:

a. *Relaciones de coordinación*: Aquellas en las que ambas partes se hallan en un plano de igualdad, por ejemplo, los convenios que se celebraban en el pasado entre distintas administraciones públicas personificadas.

b. *Relaciones de subordinación*: O las típicas relaciones jurídico-administrativas que se configuran en un plano de desigualdad, pues uno de los sujetos, el administrativo, goza de una situación de preeminencia respecto del administrado o particular.

Conclusión

La sanción y promulgación de la LOPA hace 40 años (1981, con vigencia desde 1982) significó un enorme avance en la consolidación del Estado de Derecho en lo atinente al cambio de las tradicionales relaciones entre la Administración Pública y los particulares, caracterizadas por la prevalencia de la supremacía de la primera sobre los segundos sobre la base de una sujeción de poder, por relaciones de estricto carácter jurídico que, aun cuando el sujeto administrativo no perdía esa condición de supremacía, la misma comenzó a ser limitada por el reconocimiento de la posición activa, y no era meramente pasiva del particular. Y a pesar de que hubo una fuerte resistencia del funcionariado en general a cambiar las prácticas tradicionales sustentadas en la ideología estatalista, los particulares tuvieron en dicho instrumento legal y en la doctrina de los tribunales contencioso-administrativos desarrollada con ocasión a la interpretación y aplicación de la mencionada Ley, un medio de defensa y protección contra la arbitrariedad, el abuso y la desviación de poder. Lamentablemente ese avance se detuvo, retrotrayendo esas relaciones a la perversa ideología de un poder que no conoce límite alguno en la Constitución y en las leyes, ni en el otrora control que ejercía la jurisdicción contencioso-administrativa. ■

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el derecho administrativo fallido en Venezuela

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

REDAV, N° 23, 2021, pp. 137-165

Resumen: La Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo entró en vigor en 1982, al inicio de las ambiciosas políticas de reforma del Estado venezolano. La tardía aprobación de la Ley contrastó con la fuerte evolución del Derecho Administrativo. En todo caso, la Ley consolidó las garantías del Derecho Administrativo basadas en el equilibrio entre las potestades administrativas y los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, la Ley se centró en el acto administrativo y, en consecuencia, en los privilegios y prerrogativas de la Administración Pública. Durante el siglo XXI, el Derecho Administrativo degeneró en un instrumento de creciente autoritarismo. El procedimiento administrativo fue utilizado en la intervención económica para adelantar políticas depredadoras que destruyeron el mecanismo de mercado y socavaron las capacidades del Estado, que actualmente es un Estado frágil. Cuarenta años después, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe ser renovada siguiendo las tendencias modernas basadas en estándares de buena administración. Sin embargo, antes de cualquier reforma legislativa, es necesario reconstruir la capacidad de la Administración Pública y superar el fallido Derecho Administrativo en Venezuela.

Palabras clave: Buena administración – Estado frágil – Procedimiento administrativo.

Abstract: *The Administrative Procedure Administrative Organic Law entered into force in 1982, at the beginning of the ambitious policies to reform the Venezuelan state. The late approval of the Law contrasted with the strong evolution of the Administrative Law. In any case, the Law consolidated the guarantees recognized to balance the administrative powers with the citizen's rights. However, the Law was centered on the administrative act and, as a result, the privileges and prerogatives of the Public Administration. During the 21st century, Administrative Law degenerated into an instrument of increasing authoritarianism. The administrative procedure was used in economic intervention to advance predatory policies that destroyed the market mechanism and undermined the capabilities of the State, which is currently a fragile state. Forty years later, the Law should be renovated following the modern trends based on good administration standards. However, before any legislative reforms, it is necessary to rebuild the Public Administration capacity and overcome the failed Administrative Law in Venezuela.*

Keywords: *Good administration – Fragile state – Administrative procedure.*

Recibido

05-08-2022

Aceptado

17-08-2022

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Investigador, Harvard Kennedy School.

Introducción

Cuando la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aprobada en 1981, entró en vigor el 01-01-1982, el Derecho Administrativo venezolano se encontraba en fase de *consolidación*. Así, durante las cinco primeras décadas del siglo XX el Derecho Administrativo venezolano pasó por un proceso de *centralización*, impulsado por el régimen de Juan Vicente Gómez. Posteriormente, la jurisprudencia se encargó de desarrollar los principios generales de tal Derecho siguiendo el modelo francés. Esto permitió que, en la década de los sesenta, el Derecho Administrativo venezolano fuese sistematizado en las iniciales obras de ELOY LARES MARTÍNEZ y ALLAN R. BREWER-CARÍAS.

A partir de allí, doctrina y jurisprudencia siguieron avanzando en la construcción del Derecho Administrativo, que presentaba una clara adherencia al *régimen administrativo* francés, reconociendo además diversas garantías jurídicas al ciudadano. Todo este sistema giraba en torno al *acto administrativo*, principal expresión de la actividad administrativa. Como resultado de lo anterior, el Derecho Administrativo se centró en el acto administrativo, muy especialmente, al promover su control judicial universal. Esa universalidad se postuló desde dos ámbitos: *todo acto administrativo* queda sometido a control judicial, y *todo el acto administrativo* queda sometido a tal control. Bajo estas premisas, el Derecho Administrativo venezolano aparecía como un sistema ya consolidado al inicio de la década de los ochenta.

Tal consolidación, empero, encontraba un obstáculo importante: la muy precaria vigencia del principio de legalidad en el procedimiento administrativo. En la evolución histórica del acto administrativo, el procedimiento fue concebido tan solo como parte de sus elementos formales. Aun cuando las Leyes administrativas se encargaron de regular, en el ámbito de sus competencias, diversos procedimientos administrativos, la ausencia de una Ley general restaba relevancia al control del procedimiento como elemento formal del acto. La práctica, por ello, consistía en reconocer a la Administración la competencia para desarrollar a su arbitrio el procedimiento aplicable en cada caso.

Para eliminar esa práctica se sancionó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. A partir de esa Ley, las bases del Derecho Administrativo en Venezuela se reforzaron, pues el procedimiento administrativo pasó a ser institución propia de ese Derecho, sometido al principio de legalidad y al control judicial. Adicionalmente, el procedimiento administrativo se reguló a partir de diversas garantías jurídicas de los ciudadanos.

Con todo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como reflejo de una época de nuestro Derecho Administrativo, partió de la centralidad del acto administrativo, a tal punto que, en realidad, puede afirmarse que esa Ley es la Ley del acto administrativo y de su procedimiento previo. Acto administrativo que, adicionalmente, fue asumido desde el régimen administrativo francés, esto es, como la *decisión ejecutoria* a través de la cual la Administración ejerce la así llamada *potestad de autotutela*. Es igualmente importante recordar que esa Ley se sancionó cuando el acto administrativo era concebido como el acto previo al acceso al contencioso administrativo.

Luego de esa Ley, el Derecho Administrativo venezolano continuó avanzando, hasta los primeros años del presente siglo. Avance caracterizado por el reconocimiento de mayores garantías al ciudadano y el atemperamiento de ciertas cargas, como sucedió con la eliminación de la carga del agotamiento de la vía administrativa y con ello, del dogma del acto previo. Asimismo, el acto administrativo perdió protagonismo de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010, pues esa Ley reconoció que el acceso al contencioso administrativo no depende del acto administrativo previo, sino de la actividad o inactividad de la Administración.

El posterior giro autoritario del Derecho Administrativo frenó esta evolución, iniciando así un proceso de degeneración, de claro signo autoritario. Como consecuencia de lo anterior, nuestro Derecho Administrativo positivo no ha recibido la influencia de la corriente que propone un cambio de visión, a fin de pasar de un Derecho Administrativo centrado en el poder a un Derecho Administrativo centrado en el ciudadano. Tal es el postulado derivado del artículo 141 constitucional. Esa norma asume la definición de Administración Pública desde la Administración vicarial, esto es, la Administración que parte de la centralidad del ciudadano. Esto exige reconsiderar varias de las instituciones administrativas que surgieron bajo el régimen administrativo, encargado principalmente de asignar privilegios y prerrogativas a la Administración, muy especialmente a través del acto administrativo. Para la institución del procedimiento administrativo, lo anterior supone un cambio relevante, pues de *cauce previo al acto administrativo*, el procedimiento administrativo hoy día también es valorado, en Derecho Comparado, como el *cauce previo de la actividad administrativa* orientado a garantizar la buena Administración.

Pero estas nuevas tendencias, como se dijo, no han sido recibidas, pues el Derecho Administrativo ha degenerado en instrumento al servicio del autoritarismo. A lo anterior se le agrega el creciente colapso estatal: más allá de su vigencia formal, en la práctica, la Ley no tiene aplicación efectiva. En cierto modo, la situación es similar –bastante peor, en

realidad— a las condiciones imperantes antes de la entrada en vigor de la Ley. En los hechos, rige el arbitrio del funcionario y las instituciones informales por medio de las cuales la sociedad civil ha debido responder al progresivo colapso estatal.

Este artículo examina la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos desde su perspectiva histórica, tomando en cuenta el giro autoritario y el posterior colapso estatal, en lo que hemos denominado el Derecho Administrativo fallido. Para ello, en *primer lugar*, analizaremos la evolución y visión tradicional del procedimiento administrativo en el Derecho Administrativo venezolano, con especial énfasis a la formación histórica del Estado. Luego, y en *segundo* lugar, tomaremos en cuenta el giro autoritario y el colapso estatal, para proponer un cambio de visión del procedimiento administrativo y de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos desde el concepto constitucional de Administración vicarial.

I. Evolución y visión tradicional del procedimiento administrativo en el Derecho Administrativo venezolano

En la teoría de la formación histórica del Estado, la Administración Pública cumple un rol esencial. En las Ciencias Políticas ha resultado determinante la obra de MAX WEBER, quien observó cómo la creación de mecanismos burocráticos de dominación permiten superar esquemas primitivos de Estados patrimoniales¹. La dominación burocrática a cargo de la Administración Pública es un factor fundamental de cohesión social, a tal punto que la consolidación del Estado solo es posible si se consolida la Administración Pública².

Con lo cual, la existencia efectiva del Estado depende, en buena medida, de la capacidad de las Administraciones Públicas para gestionar concretamente los cometidos públicos³. La capacidad de las Administraciones Públicas, a su vez, depende —entre otros factores— de la burocracia, pero también de las reglas del procedimiento. Desde esta perspectiva, las reglas del procedimiento administrativo crean condiciones favorables para que las Administraciones Públicas, de manera efectiva, cumplan con los cometidos estatales. Esto permite explicar por qué, en la formación del Estado venezolano a inicios del siglo XX, el

¹ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Tomo I*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss., así como *Max Weber's Complete Writings On Academic and Political Vocations*, Algora Publishing, 2013, p. 367.

² North, Douglass, e al., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 11 y ss.

³ Fukuyama, Francis, *State Building*, Cornell University Press, 2014, pp. 1 y ss.

procedimiento administrativo tuvo un rol importante, que, en todo caso, fue tardíamente reconocido con la aprobación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que entró en vigor hace cuarenta años.

1. La formación histórica del procedimiento administrativo en Venezuela: la centralización del Derecho Administrativo bajo el régimen de Juan Vicente Gómez

Para estudiar el origen histórico del Derecho Administrativo en Venezuela, es necesario abordar los orígenes históricos del Estado, y por ello, los cambios políticos acontecidos en las primeras tres décadas del siglo XX, esto es, bajo la dictadura de Juan Vicente Gómez⁴. Esta aproximación, como veremos, resulta de especial interés para comprender mejor la evolución del procedimiento administrativo en Venezuela.

Así, al abordar el problema del origen histórico del Derecho Administrativo, la doctrina venezolana suele aludir a la discusión en torno al impacto que, en tal sentido, tuvo la Revolución Francesa⁵. Tal aproximación es útil desde el Derecho Comparado, pero ella deja a salvo el estudio histórico concreto de nuestro Derecho Administrativo. Desde tal perspectiva, las tres primeras décadas del siglo XX constituyen la etapa fundacional del Derecho Administrativo en Venezuela⁶.

Alcanzada su independencia, el Estado venezolano durante el siglo XIX quiso ser organizado bajo los moldes del Estado de Derecho inaugurados con la Constitución de 1811, la cual se inspiró fundamentalmente en el constitucionalismo de Estados Unidos de América. El proyecto no logró consolidarse, sin embargo, pese a los esfuerzos institucionales promovidos, muy especialmente, por los regímenes políticos de José Antonio Páez y Antonio Guzmán Blanco. El siglo XIX culminó con un país fragmentado territorial y políticamente, basado principalmente en el pacto entre caudillos como técnica de dominación, esto es, en lo que se conoce como un Estado patrimonial.

A partir de 1899, con Cipriano Castro, tal realidad comenzaría a cambiar a través de un proceso de centralización orientado a organizar al

⁴ Hernández G., José Ignacio, "La formación de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez", en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2019, pp. 79 y ss.

⁵ José Peña Solís (*Manual de Derecho administrativo, Volumen Primero*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 77 y ss.) aborda este tópico, y concluye que "el origen del Derecho Administrativo debe aparejarse al advenimiento de la Revolución Francesa". Se alude, claro está, al origen del Derecho Administrativo en el Derecho Comparado.

⁶ Seguiremos a continuación las reflexiones históricas sobre el Derecho Administrativo que hemos realizado anteriormente en *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 11 y ss.

Estado desde el Poder Nacional. Tal proceso fue continuado y alcanzado bajo la dictadura de Juan Vicente Gómez. Con Gómez, en efecto, el Estado venezolano pasa a ser, en la realidad, un poder unitario y unificador. Para ese fin fue preciso desarrollar diversas instituciones de cohesión social, como las vías de comunicación, la hacienda pública nacional y el ejército nacional. También, fue preciso desarrollar a la Administración Pública Nacional. Esto permitió que el sistema de dominación carismática mutase en un sistema de dominación burocrática a través de la Administración Pública.

Para lograr ese objetivo, y desde la importancia dada por el régimen político de Gómez a la Ley, fue preciso organizar a la naciente Administración Pública a través de *Leyes administrativas*, que demostraban un cambio importante en la relación entre el Estado y el ciudadano. Hasta entonces el ciudadano podía desarrollarse sin mayor injerencia del Estado, no como consecuencia de haberse asumido un modelo liberal, sino simplemente, pues no había un Estado organizado para la intervención. A partir del valor del *orden público*, el régimen político de Gómez cambió esa realidad al organizar centralmente al Estado que, desde su Administración Pública, comenzó a intervenir para la defensa del orden público. A partir de entonces, el ciudadano comenzó a relacionarse más estrechamente con la Administración.

Como resultado de lo anterior, desde 1899 el número de Leyes administrativas aumentó, en tal magnitud que su lectura no fue posible en el curso de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. De allí que, en 1909, mediante Decreto de Gómez, fue creada la clase de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, con el propósito de permitir la lectura de esas Leyes administrativas. Esto motivó a la publicación del que es, según entendemos, el primer texto de Derecho Administrativo venezolano: el curso del profesor Federico Urbano (1910)⁷. Cuatro conclusiones generales quieren destacarse de este dato histórico.

La *primera* consecuencia es que la centralización del Estado promovió a su vez la centralización de la Administración Pública, lo que permitió la sistematización del Derecho Administrativo venezolano. Por ello, el Derecho Administrativo surge en Venezuela como consecuencia del proceso de centralización del Estado adoptado entre 1899 y 1935.

La *segunda* consecuencia es que las Leyes administrativas surgidas de este proceso de centralización, derivaron en estudios académicos

⁷ Sobre los orígenes de ese curso, véase nuestro estudio Hernández G., José Ignacio, "Perspectiva histórica de los textos fundamentales del Derecho Administrativo en el centenario de la cátedra", en *Textos fundamentales del Derecho Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. XI y ss.

exegéticos de nuestro Derecho Administrativo. Tal fue la aproximación del primer curso de Federico Urbano y también del segundo curso, a cargo del profesor Federico Álvarez Feo. Solo fue con la publicación del *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* de J.M. Hernández Ron, en 1937, cuando comenzó a abordarse al Derecho Administrativo desde una posición sistemática⁸.

La *tercera* consecuencia es que esas Leyes administrativas partieron de la organización del Estado venezolano como Estado Liberal, esto es, el Estado que reconoce la primacía del individuo y de la sociedad. Como consecuencia de lo anterior, todo el contenido del Derecho Administrativo se basaba en la actividad de policía administrativa, organizada en las Leyes administrativas para la defensa del orden público⁹. Como resultado de ello, la intervención administrativa sobre la sociedad se canalizó típicamente por medio del acto administrativo, como expresión formal de la actividad de policía.

Sin embargo, el acto administrativo era valorado solamente como la decisión de la Administración dictada en el marco de la Ley, no sometido por ello a un régimen “exorbitante del Derecho Común”. Así, en lo que puede ser considerada una de las primeras definiciones de acto administrativo en Venezuela, encontramos a la Ley de extranjeros de 24-06-1919¹⁰, según la cual “*las disposiciones de la presente Ley se refieren a la expulsión de extranjeros, considerada como un acto administrativo, como medida de simple policía y en nada se opone a la expulsión que como pena trae el Código Penal*”.

La *cuarta* y última conclusión es que la incipiente doctrina se limitó, como se dijo, al análisis exegético de esas Leyes administrativas, sin encargarse de conceptualizar al Derecho Administrativo. Como resultado de lo anterior, en la práctica, la Administración Pública quedó sometida a esas Leyes administrativas, como Leyes especiales, y en general, al resto del ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho Civil. La mejor muestra histórica de ello fue la técnica contractual de la concesión, asumida como medio para permitir la gestión por la iniciativa privada de ciertas actividades, especialmente relacionadas con minas y luego con

⁸ Los primeros dos cursos pueden consultarse en *Textos fundamentales del Derecho Administrativo*, cit. En esa obra, puede también consultarse el trabajo de Hernández Ron, J.M., “Historia del Derecho Administrativo venezolano. Recopilación de estudios sobre historia de Derecho Positivo venezolano”, pp. 39 y ss. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “Los orígenes de la doctrina del Derecho Administrativo venezolano”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 7, Caracas, 2015, pp. 99 y ss.

⁹ En cuanto a la evolución histórica de la actividad de policía, por todos. vid. Brewer-Carías, Allan, “Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa”, en *Revista de Derecho Público* N° 48, Caracas, 1991, pp. 51-66

¹⁰ *Colección de Leyes y Decretos de Venezuela*, Documento N° 12.955.

hidrocarburos. La concesión, así, fue valorada como un contrato mixto, sometido al Derecho Civil sin perjuicio de la aplicación de ciertas Leyes administrativas, valoradas tan solo como Leyes especiales¹¹.

Como resultado de lo anterior, el Derecho Administrativo, en la práctica, estaba conformado por el conjunto de reglas aplicables a la Administración Pública contenidas en Leyes administrativas. Esas Leyes, en todo caso, solo se valoraron como Leyes especiales, sin negar por ende la aplicación del Derecho Civil. Muy en especial, ese Derecho Administrativo se centró en la actividad de policía, traducida en el acto administrativo como expresión de tal actividad. Sin embargo, ese acto administrativo no fue especialmente valorado a través de un régimen jurídico especial. Simplemente se trataba de la decisión dictada por la Administración en el marco de las Leyes administrativas.

2. La formación jurisprudencial del Derecho Administrativo en Venezuela

Si las tres primeras décadas del siglo XX pueden ser consideradas como la etapa fundacional del Derecho Administrativo venezolano, la década de los cuarenta puede ser considerada como la etapa fundacional del Derecho Administrativo organizado bajo el modelo del régimen administrativo francés.

La aproximación tradicional al Derecho Comparada, resumida por HAURIU¹², es que el Derecho Administrativo puede organizarse de dos formas: de acuerdo con las reglas del *common Law* o bajo las reglas del *régimen administrativo* francés. Lo peculiar del régimen administrativo es que el Derecho Administrativo se concibe como un Derecho exorbitante del Derecho Común, cuya aplicación se deroga en la medida en que la Administración actuó como poder público. Por lo tanto, en el régimen administrativo, la Administración se somete a dos sistemas¹³. Si actúa como poder público, quedará regida únicamente por el Derecho Administrativo, considerado como un Derecho autónomo. Consecuentemente, toda controversia con la Administración será resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero si la Administración actúa

¹¹ Sobre los orígenes históricos de la actividad contractual de la Administración, vid. Hernández G., José Ignacio, "Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 40 y ss.

¹² Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12° edición, Dalloz, París, 2002 (reproducción de la edición de 1933), pp. 1 y ss.

¹³ La dualidad de regímenes y jurisdiccionales constituye, en el modelo francés, una cuestión "desesperante". Cfr.: Pierre Delvolvé en *Le droit administratif*, Dalloz, París, 2006, p. 82.

como un particular, quedará sometida al Derecho Civil bajo el control de la jurisdicción civil¹⁴.

Durante las tres primeras décadas del siglo XX, como vimos, el Derecho Administrativo venezolano no se organizó bajo el régimen administrativo. En la década siguiente ello cambiará, pues el Derecho Administrativo fue organizado siguiendo el modelo francés. El cambio quedó reflejado con claridad en la célebre sentencia de la Corte Federal y de Casación de 05-12-1944, caso *Astilleros La Guaira*. Tal sentencia es conocida pues ella es considerada como el primer fallo que incorpora a Venezuela el concepto de contrato administrativo¹⁵. Creemos, sin embargo, que la verdadera importancia de esa sentencia es que ella organiza al Derecho Administrativo bajo el régimen francés.

En efecto, a partir de esa sentencia, el Derecho Administrativo pasó a ser algo más que las Leyes administrativas que organizan a la Administración. En realidad, el Derecho Administrativo comenzó a valorarse como el régimen exorbitante del Derecho Común. Tal exorbitancia quedaba plasmada en diversos "privilegios y prerrogativas" de la Administración que la sustraían del Derecho Civil. Con lo cual, el concepto de acto administrativo cambió: de decisión de la Administración pasó a valorarse bajo el influjo francés de la *decisión ejecutoria*, esto es, la decisión unilateral sometida al régimen exorbitante, y en cuya virtud, la Administración puede crear, extinguir o modificar, unilateralmente, relaciones jurídico-administrativas.

Esa transformación fue principalmente obra de la jurisprudencia, como ALLAN R. BREWER-CARÍAS demostró en 1964, en su tesis doctoral¹⁶. De esa manera, el acto administrativo fue definido como la declaración de voluntad realizada por la Administración con el propósito de producir

¹⁴ Con todo, la autonomía del Derecho Administrativo ha sido cuestionada. Cfr.: Eisenmann, Charles, "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso, Tomo IV*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 419 y ss.

¹⁵ Sobre la importancia histórica de esta sentencia, que, sin embargo, solo sería analizada tiempo después, vid. Pérez Luciani, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela", en *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 611 y ss. En cuanto a la teoría general del contrato administrativo en Venezuela, vid. Araujo-Juárez, José, *Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 255 y ss.

¹⁶ *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964. Véase el libro homenaje organizado en torno a ese libro en Hernández G, José Ignacio (coordinador), *Libro homenaje a las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 2015.

un efecto jurídico¹⁷, orientado a la finalidad de servicio público¹⁸. Tal servicio público excluyó al acto administrativo del Derecho Civil, lo que se tradujo en el reconocimiento de facultades a favor de la Administración que, en el Derecho Civil, serían antijurídicas. En específico, la jurisprudencia (como la estudió BREWER-CARIÁS), aludió al privilegio de la inmediata ejecución del acto administrativo¹⁹, y su corolario, a saber, la presunción de legalidad y legitimidad²⁰.

3. El procedimiento administrativo en la evolución histórica del Derecho Administrativo en Venezuela. La conquista del principio de legalidad por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

De manera tradicional, el procedimiento administrativo carecía de sustantividad propia en el Derecho Administrativo venezolano, pues era concebido como un apéndice del acto administrativo²¹. Ello era resultado del enfoque con el cual el procedimiento administrativo comenzó a ser estudiado entre nosotros, esto es, como un elemento formal del acto administrativo. Tal enfoque de nuestro Derecho Administrativo estuvo particularmente influenciado por el Derecho Administrativo francés, centrado en torno al acto administrativo y sus elementos formales.

Así, desde sus orígenes en Francia, el acto administrativo resume, concentra y explica al Derecho Administrativo basado en el privilegio o la prerrogativa. A través de ese acto administrativo, producto de su sola voluntad, la Administración puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos, para ampliarla, modificarla o reducirla, todo ello, sin necesidad de consentimiento del ciudadano o aquiescencia del Juez. Además, ese acto administrativo, en sus orígenes históricos, quedaba excluido del Derecho Común para sujetarse al propio Derecho de la Administración y también a su propia jurisdicción, la llamada jurisdicción administrativa.

¹⁷ Corte Federal, sentencia de 03-06-1959. Todas las sentencias se toman de la citada obra de Brewer-Carías.

¹⁸ Corte Federal, sentencia de 28-09-1954.

¹⁹ Corte Federal, sentencias de 05-08-1958 y 28-07-1959.

²⁰ Corte Federal, sentencia de 09-08-1957.

²¹ Pueden consultarse, en este sentido, los trabajos de Brewer-Carías, Allan, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit.; Hernández-Ron, J.M., *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, cit., y Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, en los cuales no hay un tratamiento dogmático especial de la institución del procedimiento administrativo en sus correspondientes índices. La figura del procedimiento administrativo era analizada dentro de los requisitos del acto administrativo (*cfr.*: Brewer-Carías, cit., pp. 121 y ss.; Hernández-Ron, J.M., cit., pp. 123 y ss. y Lares Martínez, Eloy, cit., pp. 113 y ss.).

El acto administrativo fue entonces concebido como lindero del Derecho Administrativo²².

Frente a ese poder, el Derecho Administrativo francés desarrolló un conjunto de garantías orientadas a preservar el principio de legalidad, específicamente, a través del llamado *principio de legalidad formal*. Esto quiere decir que el control de legalidad del acto administrativo aplicó también a sus elementos formales, y entre ellos, el previo procedimiento. De igual manera, la doctrina italiana también impulsó el concepto de procedimiento administrativo como apéndice del acto administrativo basado en el principio de legalidad. Para ello, el procedimiento fue estudiado como el conjunto de actos pre-ordenados en la Ley para la formación del acto administrativo.

En Venezuela, sin embargo, la ausencia de una Ley general de procedimientos administrativos llevó a formular la conclusión según la cual el funcionario, en cada caso, podía diseñar el procedimiento aplicable²³. Esto es lo que JOSÉ ANTONIO MUCI denomina “libertad procedimental o informalismo”, en virtud del cual “*las autoridades administrativas, para el cumplimiento de sus cometidos, tramitaban los asuntos sometidos a su conocimiento de la forma o manera que técnicamente les parecía más conveniente*”²⁴.

Tal “libertad procedimental” atentaba contra tres objetivos del Derecho Administrativo. El *primero*, garantizar la subordinación del acto administrativo a la Ley, incluso, en lo que respecta al procedimiento previo. El *segundo*, garantizar el derecho a la defensa del ciudadano. Finalmente, y en *tercer* lugar, racionalizar la actividad administrativa. Este último aspecto es muy importante, pues la existencia de estándares generales procedimentales tienden a incidir favorablemente en la capacidad de las Administraciones Públicas.

La conexión entre procedimiento administrativo y capacidad de las Administraciones Públicas permite explicar por qué regímenes no-democráticos promueven Leyes de procedimiento. En estos casos, el procedimiento no cumple un rol de garante de la legalidad y las libertades ciudadanas, sino más bien, un rol asociado a la racionalidad de la actividad administrativa. Precisamente, tal es el origen del Derecho Administrativo venezolano durante las tres primeras décadas del siglo XX, pues las Leyes administrativas –y las incipientes normas de procedimiento

²² Seguimos aquí lo desarrollo en Hernández G., José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 27 y ss.

²³ Véase la explicación histórica de ello en Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen IV. El procedimiento administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 60 y ss.

²⁴ Muci Borjas, José Antonio, “Procedimientos y Administración Pública”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 147*, Caracas, 2009, pp. 73 y ss.

administrativo– se dictaron para incrementar la capacidad de las Administraciones Públicas de cumplir efectivamente los cometidos públicos.

Que la jurisprudencia entre las décadas de los cuarenta y los cincuenta haya adoptado una interpretación dogmática del Derecho Administrativo inspirada en el régimen administrativo francés, puede explicarse en criterios extralegales, como, por ejemplo, el posible impacto de la formación académica de los abogados que ocuparon posiciones en el Estado durante esas décadas. Siendo que regían entonces regímenes no-democráticos, esta construcción jurisprudencial de la teoría del Derecho Administrativo –incluso, en la relación entre procedimiento administrativo y derecho a la defensa– en modo alguno se asociaron a la creación de un Derecho basado en el control del poder. Con lo cual, nuestro Derecho Administrativo basado en el régimen francés nació como el Derecho de un régimen autoritario, lo que no es, en el plano comparado, inusual.

El inicio de la democracia en Venezuela, en 1958, se basó por ello en las bases del Derecho Administrativo formado durante regímenes no-democrático, bases que se mantuvieron incluso luego de la Constitución de 1961, en una evolución que avanzó principalmente de la mano de la doctrina y jurisprudencia²⁵. Pero el Derecho Administrativo venezolano carecía de una Ley de procedimientos, a pesar de haberse realizado diversos esfuerzos en este sentido, como ha recordado recientemente ALLAN R. BREWER-CARÍAS²⁶.

La ausencia de una Ley general de procedimientos administrativos era, sin duda, un aspecto claramente negativo. Fue por ello que, dentro de la evolución del Derecho Administrativo venezolano, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo de 1982 vino a cumplir un rol fundamental. Como en su momento lo destacó ALLAN R. BREWER-CARÍAS, esa Ley²⁷:

[...] cambia totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre Administración y particular. Hasta ahora, el balance en esas relaciones ha estado a favor de la Administración. Casi todos los poderes, potestades y derechos han estado en manos de la Administración, con muy pocos deberes y obligaciones frente al particular y el particular lo que había encontrado normalmente, ante la Administración, eran sólo situaciones de deber, de sujeción, de subordinación, sin tener realmente derechos, ni tener mecanismos para exigir la garantía de su derecho. Por ello, decimos que el balance

²⁵ Véase especialmente a Araujo-Juárez, José, "Derecho Administrativo venezolano", tomado de <https://bit.ly/3QLYbEV>

²⁶ Brewer-Carías, Allan, *El procedimiento administrativo en Venezuela. El proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2022, pp. 9 y ss.

²⁷ Brewer-Carías, Allan, "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *Revista de Derecho Público N° 7*, Caracas, 1981, pp. 115 y ss.

ha estado a favor de la Administración en forma tradicional. La Ley cambia el balance, pues ahora no se trata de una situación de poderes administrativos y de ausencia de derechos de los particulares, sino que la Ley establece, ahora, un equilibrio entre poderes de la Administración y derechos de los particulares, que se garantizan. Ello, por otra parte, es la esencia del principio de la legalidad y de las regulaciones jurídicas sobre la Administración: el equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares. Al cambiar totalmente el balance de esos.

LUIS H. FARÍAS MATA, con razón, sostuvo que esa Ley creó un “*giro copernicano*” al reconocer la vigencia del principio de legalidad en el ámbito del procedimiento administrativo²⁸. Con similar criterio, GABRIEL RÚAN destacó que la Ley (i) buscó el equilibrio entre los derechos del ciudadano y los requerimientos de la Administración; (ii) consolidó el principio de legalidad y (iii) reforzó el principio de eficiencia administrativa²⁹.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en resumen, contribuyó a la consolidación del Derecho Administrativo, al otorgarle al procedimiento administrativo el adecuado tratamiento legal como institución clave de nuestro Derecho Administrativo. Ello permitió fomentar el estudio del llamado Derecho Administrativo Formal, tal y como realizó JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ en una obra pionera en nuestro Derecho Administrativo³⁰.

En efecto, la ausencia de autonomía conceptual del procedimiento administrativo y la tardía sanción de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, retrasaron el estudio del *Derecho Administrativo Formal*, esto es, el conjunto de formas preestablecidas en la Ley para garantizar el principio de legalidad y los derechos del ciudadano. Con la entrada en vigor de la Ley, se facilitó el estudio del Derecho Administrativo Formal, de acuerdo con los aportes introducidos por ARAUJO-JUÁREZ³¹. En tal sentido, las formas jurídicas de la actividad administrativa fueron asumidas por ARAUJO-JUÁREZ desde una clara visión garantista, y no como

²⁸ Farías Mata, Luis H., “El procedimiento administrativo en Venezuela”, en *Derecho público en Venezuela y Colombia. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 277 y ss.

²⁹ Ruan, Gabriel, “La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista de Derecho Público N° 18*, Caracas, 1984, pp. 57 y ss.

³⁰ Nos referimos a *Principios generales del Derecho Administrativo Formal*, publicada inicialmente en 1989, posteriormente ampliada bajo el título *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, Vadell, Valencia, 2001, pp. 61 y ss. Del autor, puede verse también *Procedimiento y recurso administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 141 y ss.

³¹ En palabras de ELOY LARES MARTÍNEZ, en el prólogo de la obra de ARAUJO: “*la fina percepción que en tal alto grado posee el profesor José Araujo Juárez, le ha llevado a ocuparse de una especie jurídica aparecida en las postrimerías del siglo anterior: el procedimiento administrativo, que viene a ampliar el ámbito del Derecho Administrativo Formal*” (*Principios generales del Derecho Administrativo Formal*, cit., p. 9).

simples formalidades sacramentales. De allí que, con el estudio del Derecho Administrativo Formal, no dudamos en afirmar que se consolidó un ciclo de oro del Derecho Administrativo venezolano.

4. La tardía aprobación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el inicio de la crisis del Estado

La tardía aprobación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contrasta con la evolución del Derecho Administrativo venezolano. Esa tardía aprobación no respondió a la ausencia de iniciativas legislativas, pues ya en 1965 existía un completo proyecto preparado por los profesores SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, FRANCISCO RUBIO LLORENTE y ALLAN R. BREWER-CARÍAS. En 1972 esta iniciativa fue retomada en el marco de las propuestas de reformas de la Administración Pública³². A pesar de ello, esta iniciativa solo sería aceptada en 1981, esto es, casi veinte años después.

Excede de los límites de este trabajo indagar las causas que llevaron al Poder Ejecutivo y Legislativo en Venezuela a no aprobar la legislación en materia de procedimiento administrativo. Otras iniciativas –como la que conduciría a la Ley Orgánica de la Administración Central, de 1976– sí prosperaron. En la evolución del Derecho Administrativo venezolano, por ello, la aprobación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos podría calificarse de tardía, en especial, pues para 1981, ya existían signos de la crisis del Estado como resultado de los efectos nocivos derivados de la formación del Petro-Estado.

En efecto, tal y como fue explicado, cuando la democracia inicia en Venezuela, en 1958, el proceso de formación del Estado iniciado en 1899 ya había sido consolidado. Esto permitió a la Administración Pública formada durante regímenes autoritarios, implementar los cometidos del nuevo Estado democrático, especialmente, luego de la Constitución de 1961, que organizó a Venezuela como Estado Social y Democrático de Derecho. Esta consolidación, por supuesto, respondía a un proceso en ciernes, que debía complementarse con la construcción de capacidades estatales para la democracia. Sin embargo, este proceso fue influenciado por el incremento del rol del Estado sobre el sector petrolero, en el medio de la mayor dependencia del Gobierno al ingreso fiscal petrolero³³. A inicios de la década de los ochenta, un nuevo declive de los precios del petróleo demostró la fragilidad del Estado venezolano de adaptarse a la volatilidad de los precios del petróleo, quedando en evidencia su propensión a desarrollar instituciones marcadas por la renta

³² Brewer-Carías, Allan, *El procedimiento administrativo en Venezuela. El proyecto de Ley de 1965 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981*, cit.

³³ Coronil Ímber, Fernando, *El Estado mágico. Naturaleza, dinero y modernidad en Venezuela*, Editorial Alfa, Caracas, 2016, pp. 301 y ss.

petrolera. En suma, el Estado Social y Democrático se amoldó al Estado rentista, todo lo cual influyó en el Derecho Administrativo, que fue formado como un Derecho para la intervención en el orden económico al amparo del régimen de excepción que, sin embargo, se mantuvo durante la práctica totalidad de la Constitución de 1961³⁴.

La década de los ochenta fue, en Venezuela, la década de los intentos por corregir los efectos adversos del Petro-Estado sobre el Estado venezolano y, en especial, sobre sus Administraciones Públicas³⁵. Así, luego del episodio conocido como el “viernes negro”, el Estado asumió como objetivo coordinar su propia reforma, como quedó en evidencia en 1984, con la creación de la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE)³⁶. La COPRE pretendía, así, revertir los efectos adversos del Petro-Estado: frente a la centralización, se propuso la descentralización; frente al Estado de partidos, se propuso la participación ciudadana, y frente a la economía extractivista, se propuso el desarrollo productivo³⁷.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos fue dictada al inicio del proceso de reformas de la década de los ochenta, y su objetivo último –reforzar el sometimiento pleno de la Administración Pública al Derecho– era parte de los objetivos de mayor envergadura que se asumieron en esa década, para el desmontaje de las instituciones políticas del Petro-Estado. La Ley, así, ordenó la relación jurídico-administrativa dentro del procedimiento bajo el principio de legalidad, y no bajo el ámbito de discrecionalidad configurada que la Administración Pública centralizada y extractivista ejercía. Si tomamos en cuenta la intensidad de la intervención administrativa en el orden socioeconómico, podemos comprender mejor el impacto de la Ley: los procedimientos derivados de los controles centralizados impuestos al amparo del régimen de excepción, ahora, quedaban regidos bajo el principio de legalidad.

Pero lo cierto es que esta Ley llegó tarde al Derecho Administrativo venezolano. Quizás los Poderes Públicos de entonces preferían mantener el ámbito de discrecionalidad procedimental de la Administración Pública, sin las ataduras propias del principio de legalidad en el procedimiento administrativo, a pesar de que ese principio ya había sido

³⁴ Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, Caracas, 2004.

³⁵ Karl, Terry Lynn, *The paradox of plenty*, University of California Press, Berkley, 1997, pp. 161 y ss.

³⁶ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 120 y ss.

³⁷ Las reformas no lograron implementarse de manera efectiva, lo que condujo a la “crisis terminal” del Estado formado desde 1958. Vid.: Brewer-Carías, Allan, *Cinco siglos de historia y un país en crisis*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998.

aceptado por la jurisprudencia y doctrina. De otro lado, esta tardía aprobación no contribuyó a la eficiencia administrativa, pues lo cierto es que la discrecionalidad configuradora en materia de procedimiento administrativo no solo afecta a las personas, pues ella incide adversamente en la eficacia administrativa. En un Petro-Estado la ineficacia puede quizás atemperarse con políticas distributivas, pero en un Estado basado en el desarrollo productivo, la ineficiencia resulta especialmente pernicioso. En cualquier caso, para cuando la Ley entró en vigor, los signos de la ineficiencia administrativa ya eran evidentes.

II. El cambio de visión del procedimiento administrativo desde la administración vicarial. La necesaria renovación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el marco del colapso estatal

Que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos haya sido tardíamente aprobada en Venezuela, pudo haber influido en su redacción, que recogió la teoría general del acto administrativo desde la percepción de las prerrogativas de la Administración Pública. Como vimos, esta Ley es, en realidad, la Ley del acto administrativo, entendido como la decisión unilateral dictada por la Administración Pública para incidir en la esfera jurídico-subjetiva, a través de los atributos conocidos en el Derecho Venezolano como ejecutividad y ejecutoriedad. Ciertamente, la Ley estableció diversas garantías ciudadanas, en especial, en cuanto a la teoría de la nulidad del acto administrativo y los recursos administrativos, que no solo eran medios de defensa sino también, una carga para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. En cualquier caso, cuarenta años después, la Ley luce inadecuada a la visión vicarial de la Administración Pública, aun cuando lo cierto es que esa visión fue completamente abandonada en el Derecho Administrativo autoritario-populista que comenzó a construirse a partir de 2002.

1. El cambio de visión del procedimiento administrativo: de cauce previo del acto administrativo a garantía de la buena Administración. El impacto de la Administración vicarial desde el artículo 141 de la Constitución

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos fue promulgada en una época del Derecho Administrativo en la que el acto administrativo ocupaba lugar predominante. Acto administrativo, además, definido desde la idea de privilegio o prerrogativa, y resumido en el concepto de la potestad de autotutela administrativa. Más que una potestad, en el sentido estricto de esa palabra, la autotutela es una cualidad del acto administrativo, conforme al cual, la Administración puede dictar, ejecutar y revisar el acto sin necesidad de acudir al Poder Judicial, lo

que permite distinguir a la potestad de autotutela declarativa, ejecutiva y revisora. Junto a ello, además, se entendió que el acto administrativo, una vez dictado y notificado, se presume válido. Esto es, que más allá de las impugnaciones presentadas por el interesado, el acto administrativo deberá ser cumplido y podrá ser ejecutado coactivamente por la Administración³⁸.

Es preciso diferenciar, con cuidado, la regulación derivada de la Ley de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia. Ciertamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es, ante todo, la Ley del acto administrativo. Así, esa Ley regula el concepto de acto administrativo; sus condiciones de validez; sus vicios; su notificación; los mecanismos de revisión del acto administrativo en sede administrativa y la ejecución del acto administrativo en sede administrativa. Fuera de estos aspectos, el ámbito de la Ley es ciertamente reducido. Esto influyó en el propio concepto de procedimiento administrativo, pues bajo la Ley, el procedimiento de circunscribió al cauce previo del acto administrativo.

Sin embargo, la potestad de autotutela administrativa y el principio de presunción de legalidad del acto administrativo no aparecen formulados expresamente en la Ley, con lo cual, son creaciones propias de la doctrina y la jurisprudencia. En cuanto a la primera, la Ley solo regula la revisión del acto administrativo por la Administración –de oficio, o a solicitud de parte interesada– y la ejecución del acto por la propia Administración. Esa regulación, en todo caso, no alude a la “potestad de autotutela”³⁹.

En cuanto a lo segundo, esto es, la presunción de legalidad o legitimidad del acto administrativo, habría que señalar, con GONZALO PÉREZ LUCIANI, que esa presunción es inexistente⁴⁰. Esto es, no hay norma alguna de la Ley que establezca tal presunción. Ella, además, no puede invocarse para justificar la ejecución del acto por la propia Administración, pues la única justificación de ello son los artículos 79 y 80 de la Ley, que le otorgan la competencia a la Administración para ejecutar sus propios actos administrativos dentro de las limitaciones aplicables. Dicho en otros términos: la Administración puede ejecutar forzosamente sus actos administrativos, no por cuanto éstos se “presuman válidos”, sino

³⁸ En cuanto a la formulación de la potestad de autotutela administrativa y el principio de presunción de legalidad o legitimidad del acto, en el sentido ya dado, vid. Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen IV. El procedimiento administrativo*, cit., pp. 427 y ss.

³⁹ Véase sobre ello el planteamiento crítico de Herrera Orellana, Luis, *La potestad de autotutela administrativa. Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos y de los contratos administrativos*, Paredes, Caracas, 2008, pp. 109 y ss.

⁴⁰ Pérez Luciani, Gonzalo, “La llamada presunción de legitimidad de los actos administrativos”, en *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, cit., pp. 443 y ss.

por cuanto los artículos 79 y 80 de la Ley otorgan a la Administración la competencia para llevar a cabo esa ejecución. De otro lado, el acto administrativo es título ejecutivo por así disponerlo el artículo 8 de la Ley, norma que tampoco alude a la “presunción de legalidad o legitimidad”⁴¹.

Con todo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reconoció un conjunto de privilegios o prerrogativas basadas en la regulación del acto administrativo como expresión de voluntad típica de la Administración. Como resultado de lo anterior, el procedimiento administrativo, en la Ley, se reguló como el cauce previo del acto administrativo, el cual era –para 1982– condición previa de acceso al contencioso administrativo.

No obstante, el procedimiento administrativo, desde el artículo 141 de la Constitución de 1999, no se centra ya en el acto administrativo sino en la actividad administrativa, definida a partir del concepto vicarial de Administración, de acuerdo con el cual la Administración Pública se define, primordialmente, desde el servicio a los ciudadanos y el bien común. Esto es, la Administración Pública es la institución de la cual se vale el Estado para servir a los ciudadanos, bajo los principios superiores derivados de ese artículo –objetividad, participación, rendición de cuenta, eficiencia– con sometimiento pleno a la Ley al Derecho. De acuerdo con este artículo, el centro del Derecho Administrativo lo ocupan el ciudadano y sus derechos fundamentales. Consecuentemente, frente al ciudadano, la Administración Pública debe cumplir su misión servicial bajo los estándares de la buena Administración⁴², tal y como recientemente ha sido compendiado en la *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos frente a la Administración*, de 2013⁴³:

⁴¹ No se justifica, tampoco, aludir a una especie de presunción atípica. La presunción es una figura conocida en la teoría general del Derecho: hay o no hay presunción, y ello depende exclusivamente de la Ley, no del intérprete. Siendo que tal presunción no está prevista en la Ley, no se justifica salvar parte de su contenido aludiendo a una imprecisa presunción atípica. Para una posición contraria, véase, de Servilino Abache *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, pp. 156 y ss.

⁴² Rodríguez-Arana, Jaime, “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Revista de Derecho Público N° 113*, Caracas, 2008, pp. 31 y ss. En Venezuela, vid. Blandria, José Rafael, “Acerca del derecho a una buena Administración: ¿existe en el orden constitucional venezolano?”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 1*, Caracas, 2012, pp. 13 y ss. y García Soto, Carlos, “El carácter servicial de la administración pública: el artículo 141 de la constitución”, en *Revista Derecho y Sociedad N° 10*, Caracas, 2011, pp. 69 y ss.

⁴³ La *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos frente a la Administración* puede ser consultada en *REDAV N° 3*, Caracas, 2014, pp. 175 y ss. En general, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y Hernández G., José Ignacio

En el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del Ordenamiento Jurídico, la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana.

El concepto vicarial de Administración Pública bajo los estándares de la buena Administración otorga una justificación adicional al procedimiento administrativo. Así, éste no se justifica ya, únicamente, como instrumento de garantía del principio de legalidad y como garantía del derecho a la defensa. Además de ello, el procedimiento administrativo promueve la buena Administración. Esto quiere decir que la Administración Pública, para cumplir con su carácter vicarial, debe adoptar decisiones de calidad que tomen en cuenta todos los intereses en juego, lo que solo puede efectuarse a través del procedimiento administrativo⁴⁴.

En efecto, como bien explica JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ, la centralidad de los ciudadanos implica abandonar esquemas de concreción unilateral del interés general, dado que *"hoy el interés general se define desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario"*⁴⁵. Esta dimensión constitucional, como apunta JAVIER BARNES, lleva a la transformación del procedimiento administrativo⁴⁶, en el sentido que el procedimiento administrativo pasa a definirse como el cauce formal de toda la actividad administrativa, cuya primera justificación constitucional es promover el servicio a los ciudadanos y el bien común desde

(coordinadores) *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

⁴⁴ JULI PONCE SOLÉ ha estudiado con detenimiento la relación entre la buena Administración y el procedimiento administrativo, señalando que el procedimiento es el cauce que permite la composición de los distintos intereses en juego para que la Administración pueda adoptar una decisión de calidad. Esto implica superar la concepción bajo la cual la Administración define unilateralmente el interés general: ese interés general debe responder al servicio objetivo de los ciudadanos. Cfr.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 108 y ss. Esto ha dado lugar a la tercera generación de procedimientos administrativos, orientados a apalancar la calidad de la actividad administrativa y la mayor interacción con el sector privado. Barnes, Javier, "Tres generaciones del procedimiento administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* N° 67, 2011, pp. 77 y ss.

⁴⁵ Araujo-Juárez, José, *Introducción al Derecho administrativo constitucional*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 67 y ss., así como *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 157 y ss.

⁴⁶ Barnes Vásquez, Javier, "Reforma e invocación del procedimiento administrativo", en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 15 y ss.

los estándares de buena Administración. Para ello, el procedimiento administrativo sirve de cauce para el ejercicio del derecho de participación ciudadana, a través del cual la Administración concilia diversos intereses en juego para definir, bajo el consenso democrático, sus políticas públicas.

A. La necesaria ampliación del ámbito de aplicación objetivo de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

El concepto constitucional de Administración vicarial conlleva a la necesaria revisión del ámbito de aplicación objetivo de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, el concepto de procedimiento administrativo implícito en esa Ley, como vimos, es el de cauce previo del acto administrativo. A partir del acto administrativo, la Ley desarrolla distintos tipos de procedimiento, que básicamente se han distinguido entre procedimientos constitutivos o de primer grado, y procedimientos recursivos o de segundo grado⁴⁷.

Este concepto responde al momento histórico en el cual tal Ley fue dictada, y en el cual el acto administrativo era la primera y más importante expresión formal de la Administración Pública. Actualmente, bajo la Administración vicarial, tal conclusión no puede ser ya sostenida. En efecto, el acto administrativo, bajo el artículo 141 constitucional, es tan solo una de las formas a través de las cuales la Administración puede llevar a cabo su actividad. Junto a él, encontramos también al contrato, y en especial, la llamada actividad administrativa prestacional.

La relevancia actual de la actividad administrativa prestacional en Venezuela no parece que deba ser destacada. Sin embargo, esa actividad, en la práctica, queda excluida de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo, en tanto ésta pivota en torno al concepto de acto administrativo. Sin acto administrativo –como sucede en la actividad prestacional– tal Ley se convierte, prácticamente, en irrelevante.

La ampliación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a toda la actividad administrativa y no solo a la actividad expresada a través de un acto administrativo, típicamente, actividad de limitación es una directa exigencia del artículo 141 constitucional. El procedimiento administrativo se justifica, así, como mecanismo de participación ciudadana que propende a la buena Administración. Con lo cual, toda la actividad administrativa siempre debe ser consecuencia de un previo procedimiento administrativo.

⁴⁷ Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo general. Procedimiento y recurso administrativo*, cit., pp. 265 y ss.

Esta ampliación, en parte, se ha logrado con otras Leyes, como la Ley Orgánica de la Administración Pública, que regula el procedimiento previo a actos administrativos reglamentarios. Pero en cualquier caso, al no ser el acto administrativo el centro de la actividad administrativa, el centro de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debería igualmente cambiar.

B. El procedimiento administrativo: de elemento formal del acto administrativo a garantía de la interdicción de la arbitrariedad en el marco del principio de transparencia y rendición de cuentas

El procedimiento administrativo, como vimos, surge históricamente como elemento formal del acto administrativo. Aun cuando posteriormente logró cierta autonomía, la dependencia del procedimiento al acto administrativo sigue ubicando a aquél dentro de los elementos formales del acto administrativo. Como resultado de ello, dentro de la teoría de las nulidades del acto administrativo se ha afirmado que la violación del procedimiento administrativo no conduce, necesariamente, a la nulidad del acto. Bajo el principio de formalismo moderado, se acepta que esa nulidad solo se produce, principalmente, cuando el vicio en el procedimiento sea trascendente, esto es, cuando tal vicio afecte el contenido de la actividad administrativa o cuando viole el derecho a la defensa⁴⁸.

Tales conclusiones, plenamente válidas, deben en todo ampliarse desde el artículo 141 constitucional. Así, el examen de los vicios formales del acto administrativo no puede circunscribirse al impacto en el contenido de la actividad y en los derechos del interesado. Además, es preciso valorar cómo tales vicios inciden sobre los principios de transparencia, rendición de cuenta y participación. En otras palabras: bajo la Administración vicarial, el procedimiento administrativo es mucho más que un elemento formal del acto. Como vimos, el procedimiento es un cauce que facilita la participación ciudadana en la actividad administrativa, lo cual propende a controlar su arbitrariedad, como resultado del principio de transparencia y de rendición de cuenta.

En efecto, la transparencia es un principio rector de la Administración Pública en la democracia constitucional⁴⁹. Como tal, ese principio

⁴⁸ Araujo-Juárez, José, *La nulidad del acto administrativo*, Paredes, Caracas, 2015, pp. 105 y ss.

⁴⁹ Existe, así, una estrecha relación entre el procedimiento administrativo y la democracia constitucional. En efecto, como observa SUSAN ROSE-ACKERMAN, el Derecho Administrativo cumple un rol clave en prevenir el abuso del poder ante la necesidad de respetar ámbitos de deferencia y discrecionalidad de la Administración Pública en el diseño y ejecución de políticas públicas. Una de las herramientas de las cuales puede valerse el Estado para ese fin, es el procedimiento administrativo,

exige que toda la actividad administrativa se encauce a través del procedimiento, a fin de permitir a los ciudadanos participar y controlar a la Administración. A su vez, el procedimiento, al facilitar el diálogo entre el ciudadano y la Administración, fomenta la rendición de cuenta, e incrementa la legitimidad democrática de los órganos y entes de la Administración que no tienen origen democrático directo⁵⁰.

La propuesta de cambio consiste, por ello, en modificar la concepción del procedimiento administrativo, de elemento formal del acto administrativo a cauce que favorece el principio de transparencia y la rendición de cuenta, coadyuvando así a proscribir la arbitrariedad. Por lo tanto, desde la teoría de las nulidades del acto administrativo, la violación al procedimiento previo también deberá ser valorada desde los mencionados principios de transparencia y rendición de cuenta. Esto quiere decir que dentro de los elementos que deben ponderarse a fin de valorar cuándo la violación al previo procedimiento es relevante, deberá incorporarse el análisis de la incidencia de tal violación en los mencionados principios, y muy en especial, en el derecho de participación ciudadana.

La Administración vicarial, en resumen, facilita la comprensión sustantiva del procedimiento administrativo como cauce que promueve la participación ciudadana bajo el principio de transparencia y rendición de cuenta. Esto fuerza a superar la limitada visión del procedimiento administrativo como elemento formal del acto administrativo. Sin negar tal condición, el artículo 141 constitucional exige valorar al procedimiento, también, desde los principios de transparencia, rendición de cuenta y participación.

C. El procedimiento administrativo al servicio de los ciudadanos: el principio de eficiencia y la simplificación de trámites administrativos

La Administración vicarial moldea a la Administración Pública como una institución al servicio de los ciudadanos, todo lo cual imprime a la actividad administrativa el rasgo distintivo de la eficiencia. El comentado

que proyectado sobre toda la actividad administrativa –incluyendo la definición y ejecución de políticas públicas– puede coadyuvar a garantizar los principios de transparencia y rendición de cuentas. *Cfr.*: “El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 43, Caracas, 2009.

⁵⁰ Para el caso de Estados Unidos de América, se ha observado que la historia del Derecho Administrativo se resume en los intentos orientados a legitimar Administración Públicas no electas en una democracia constitucional liberal. Desde la perspectiva de la Administración vicarial, tal legitimización debe ser uno de los cometidos básicos del procedimiento. *Cfr.*: Shapiro, Sidney, *et al*, “The enlightenment of Administrative Law: looking inside the agency for legitimacy”, en *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, Issue 3, 2012, pp. 463 y ss.

principio de formalismo moderado se orienta, precisamente, a tal principio. Desde la Administración vicarial, sin embargo, el principio de eficiencia adquiere una dimensión más amplia, al ser condición necesaria para asegurar el cumplimiento efectivo de los estándares de la buena Administración. Así, el principio de eficiencia promueve la permanente reforma de la Administración Pública en torno a la simplificación de trámites administrativos.

Como ha sido recogido en la vigente Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, el principio de eficiencia queda sin embargo circunscrito al *trámite administrativo*⁵¹. Sin negar la importancia de ello, es preciso señalar que el principio de eficiencia marca un cambio de orientación de la Administración Pública, que de obstáculo al ciudadano debe pasar a ser instrumento al servicio de los ciudadanos. Simplificar trámites administrativos, por ejemplo, a través de la ventanilla única, pero dejando intacto los controles centralizados sobre la sociedad civil, de nada servirá⁵².

Esto fuerza a retomar el principio de legalidad del procedimiento administrativo, perdido por la actual práctica administrativa de reglamentar procedimientos con trámites no previstos en la Ley. El principio de legalidad, en tal sentido, no solo es garantía del ciudadano frente al abuso del poder: es también garantía del principio de eficiencia, al promover la estandarización de la actividad administrativa. Junto a ello, el principio de eficiencia debe llevar a racionalizar la intervención administrativa –a través del procedimiento– de acuerdo con los principios de subsidiariedad y menor intervención, mediante una política de desregulación. Asimismo, el principio de eficacia promueve la Administración electrónica, la cual debe desarrollarse necesariamente en el marco del principio de legalidad administrativa, y no al margen de dicho principio, como ha venido sucediendo hasta ahora⁵³.

⁵¹ Sobre la evolución y contenido de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, vid. Rodríguez, Armando, "Reflexiones sobre el procedimiento administrativo y la simplificación de trámites en Venezuela", en *Visión actual de los procedimientos administrativos. III Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2011*, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO), Caracas, 2011, pp. 157 y ss.

⁵² Nuestra crítica en este sentido, en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*, Caracas, 2012, pp. 159 y ss.

⁵³ No se discute la relevancia del uso de las Tecnologías de la Información y del Conocimiento (TICs) para la Administración. Empero, el principio de nuestro Derecho –así recogido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos– es el del documento físico. Pese a ello, en la práctica ha surgido una Administración electrónica que actúa al margen de la Ley. De allí la necesaria reforma de la mencionada Ley para dar cabida al procedimiento administrativo electrónico. Véase la obra coordinada por José Rafael Blandria *Transformación digital, modernización e*

D. El procedimiento administrativo y la Administración consensuada

La Administración vicarial, como ha sido ya señalado, asume el principio conforme la cual la concreción del interés general no es ya atribución exclusiva de la Administración Pública. La predominancia del acto administrativo –junto a la potestad de autotutela administrativa– promovió la actuación unilateral de la Administración Pública, presente incluso en su actividad contractual, a través de la figura de la “cláusula exorbitante” como poder unilateral y extracontractual. Esto marcó a la Administración Pública como institución basada en la gestión unilateral del interés público, lo que solo pudo hacer amparada en la citada potestad de autotutela administrativa. Frente a esa realidad, inspirada en modelos de “órdenes y comandos”, la Administración vicarial, de acuerdo con los estándares de la buena Administración, promueve la gestión consensuada del interés público: la buena Administración, en efecto, ha de preferir el consenso entre los interesados a la acción unilateral⁵⁴.

La Administración vicarial es, por ende, una Administración consensuada, con lo cual el procedimiento administrativo pasa a ser una herramienta de la *gobernanza*. Tal concepto resume la idea de acuerdo con la cual el rol primordial de la Administración Pública es promover la coordinación entre la sociedad civil organizada para la gestión democrática del interés público⁵⁵. Así, tal y como ha afirmado el Comité de Expertos en Administración Pública, la “gobernanza pública”, es el:

[...] proceso por el cual una sociedad se dirige, gobierna y gestiona a sí misma, es decir, en esencia, el proceso por el cual el gobierno, las empresas privadas, las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos interactúan para definir, acordar y decidir sus objetivos comunes y las formas de organización⁵⁶.

Ello no prejuzga, aclaramos, sobre la forma de la actividad administrativa ejercida en el marco de la gobernanza. Podrá tratarse, así, de un “acto administrativo unilateral”, pero que, en realidad, es consecuencia del previo acuerdo promovido por la Administración.

innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA, CIDEP-FUNEDA, Caracas, 2019.

⁵⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 329 y ss.

⁵⁵ Sosa Wagner, Francisco, “Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Volumen I, Universidad de Zaragoza, 2008, pp. 643 y ss.

⁵⁶ *Gobernanza pública para obtener resultados: marco conceptual y operacional*, Nota de la Secretaría, Comité de Expertos en Administración Pública, Décimo período de sesiones, Nueva York, 4 a 8 de abril de 2011, párrafo 9.

Otra manifestación de la Administración consensual es la terminación convencional del procedimiento administrativo, figura de muy limitado alcance entre nosotros, como resultado de la impronta del dogma de la acción unilateral de la Administración. Empero, hay que recordar que los acuerdos entre los ciudadanos y la Administración no implican necesariamente una transacción, sino más bien el condicionamiento del ejercicio de la actividad administrativa al acuerdo con los interesados, como específica manifestación del principio de participación⁵⁷.

E. El procedimiento administrativo, la Administración vicarial y las prerrogativas de la Administración Pública. La necesaria ponderación de los planteamientos críticos formulado en este sentido

Otra consecuencia de la valoración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos desde la Administración vicarial, es la necesaria revisión de los "privilegios y prerrogativas" de la Administración Pública. Tales privilegios, según vimos, encuentran un tratamiento específico a través de la potestad de autotutela administrativa, que es más una creación de la doctrina y de la jurisprudencia, que un aporte específico de la citada Ley. Con todo, y sin embargo, es posible identificar en la Ley algunas figuras que asignan a la Administración facultades que no resultan estrictamente necesarias desde la perspectiva de la centralidad del ciudadano. En concreto, queremos aludir, en sus aspectos generales, a la facultad de la Administración de ejecutar sus propios actos y a la facultad de la Administración de declarar la nulidad absoluta de sus actos.

Así, en cuanto a la facultad de la Administración de ejecutar sus propios actos, observamos que los artículos 8 y 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reconocen la competencia de la Administración de ejecutar sus propios actos "*salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial*". Tal competencia, en un contexto de intervención administrativa expansiva, genera un claro riesgo, por cuanto la Administración Pública puede adoptar medidas de ejecución forzosa de sus decisiones en los varios ámbitos en los cuales interviene⁵⁸. Ello aconseja reducir el alcance de la competencia de la Administración para ejecutar sus propios actos administrativos,

⁵⁷ Nos remitimos a lo que, con mayor detenimiento, exponemos en Hernández G., José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*, cit., pp. 253 y ss.

⁵⁸ Este es un aspecto importante. Bajo un Derecho Administrativo centrado en los principios de subsidiariedad y menor intervención, la ejecución forzosa por la Administración Pública de sus propias decisiones no representaría un riesgo relevante. Empero, en un contexto de intervención administrativa expansiva –como sucede en Venezuela– tal ejecución incrementa los riesgos de intervenciones arbitrarias sobre la libertad.

en específico, respecto de actos que incidan sobre la propiedad privada, como es el caso de las sanciones administrativas que imponen multa.

Por su parte, el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite a la Administración “reconocer la nulidad absoluta” de sus actos “en cualquier momento”. La ausencia de limitación temporal al ejercicio de esa competencia incrementa los riesgos de intervenciones abusivas sobre la libertad general del ciudadano, lo que aconseja establecer algún límite temporal o, en su caso, dejar a salvo la protección de la confianza legítima y la buena fe. Además, la declaratoria de nulidad absoluta de actos administrativos favorables debe dejar a salvo la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, la declaratoria de nulidad absoluta, al privar singularmente la propiedad privada, podría ser una expropiación que, en los términos del artículo 115 constitucional, genera el derecho a la justa indemnización.

La revisión de los privilegios de la Administración Pública, en el marco de la propuesta a favor de un Derecho Administrativo centrado en el ciudadano, constituye hoy día un punto de reflexión común en el Derecho Comparado⁵⁹. No puede prenderse, en todo caso, desmontar al moderno Estado administrativo. Es objetivo más bien es realzar el balance entre las potestades que la Administración requiere para atender el bien común y los derechos de los ciudadanos⁶⁰.

El Derecho Administrativo venezolano no ha escapado de esta tendencia. En nuestro caso, sin embargo, la realidad imperante del Derecho Administrativo actual –de claras formas autocráticas– ha afectado muchas de tales propuestas, que suelen ser formuladas en términos poco ponderados, que parten de una censura generalizada e irreflexiva a nuestro Derecho Administrativo⁶¹.

No es esa, por supuesto, nuestra posición. Los avances y conquistas del Derecho Administrativo venezolano, especialmente desde la década de los cincuenta del pasado siglo, resultan innegables, al punto que en

⁵⁹ Baste referir, como ejemplos, las siguientes obras: Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho Administrativo*, Editorial Novum, México D.F., 2012, pp. 203 y ss., y Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, 2014, pp. 1 y ss.

⁶⁰ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, en especial, pp. 19 y ss. Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio “La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina”, en *Revista de Administración Pública* N° 215, Madrid, 2021, pp. 289 y ss.

⁶¹ Para una visión crítica, puede verse a Herrera Orellana, Luis, “Derecho Administrativo y libertad: o de por qué el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 2, Caracas, 2014, pp. 71 y ss.

muchos aspectos –control de la discrecionalidad administrativa, por ejemplo– nuestro Derecho Administrativo estuvo a la vanguardia. Si en el siglo XXI se ha promovido un Derecho Administrativo de corte totalitario, ha sido en violación de los principios asentados en la segunda mitad del siglo XX, pero nunca como causa de tales principios.

Empero, también debe reconocerse que la formación histórica de nuestro Derecho Administrativo se inspiró en el régimen administrativo, y por ende, en el reconocimiento de un conjunto de “prerrogativas” basadas en la idea del régimen jurídico exorbitante apalancado en el acto administrativo. Las consecuencias de tal modelo se agravaron por la imprevista que, sobre la Administración Pública, trajo el Petro-Estado configurado especialmente desde la década de los setenta. El resultado de ello fue un modelo de Derecho Administrativa estatista, principalmente centrado en la Administración como herramienta de intervención del Petro-Estado, y por ende, de la Administración que actúa en el marco de prerrogativas exorbitantes.

2. El Derecho Administrativo autoritario y el Estado fallido: el Derecho Administrativo fallido

Las reflexiones anteriores no pueden ignorar las transformaciones del Derecho Administrativo venezolano a partir del 2002. Así, el proceso progresivo de desmantelamiento del Estado de Derecho en Venezuela llevó a que el Derecho Administrativo fuese empleado como un instrumento al servicio del autoritarismo⁶². Son varios los ejemplos que podrían colocarse: el abusivo ejercicio de la potestad expropiatoria, las arbitrarias inspecciones conducidas en violación al derecho a la defensa, y en suma, la creciente criminalización del sector económico privado por medio del Derecho Administrativo, especialmente, en el marco de los controles centralizados⁶³.

Venezuela es un ejemplo de lo que se ha denominado “Derecho Constitucional autoritario”, en el sentido que las formas del Derecho Público fueron empleadas para encubrir intervenciones que, en su esencia, son autoritarias, en tanto menoscaban garantías básicas de los ciudadanos⁶⁴. En Venezuela habría que agregar el uso de la retórica populista

⁶² Brewer-Carías, Allan, “Estado totalitario y nuevas tendencias del derecho administrativo”, en *Revista Peruana de Derecho Público* N° 32, 2016, pp. 107 y ss.

⁶³ Sobre esto último, véase: Alguíndigue Morles, Carmen y Vaudo Godina, Liliana, “La penalización de la actividad empresarial: tres muestras de indudable caracterización: Control cambiario, control de precios y tributos” en *Penalización de la actividad empresarial en Venezuela*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2020, pp. 131 y ss.

⁶⁴ Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, y Tushnet, Mark “Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual

para justificar las medidas autoritarias, con lo cual debería hablarse del Derecho Constitucional autoritario-populista⁶⁵. El procedimiento administrativo no es, bajo esta visión, cauce de defensa de los ciudadanos, sino cauce de opresión de los ciudadanos. Esta opresión fue especialmente evidente en materia económica, debido a la adopción de políticas que destruyeron los mecanismos de mercado, en buena medida, con base en procedimientos de inspección, sancionadores y otros procedimientos ablatorios⁶⁶.

Hacia el 2012, el modelo económico en el cual se había apalancado este modelo autoritario comenzó a ceder, lo que llevó a agravar la vertiente autoritaria del poder, ahora, con graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. La creciente crisis económica, aunada a la constante manipulación de las estructuras del Estado y la creciente corrupción, mermaron progresivamente las capacidades del Estado venezolano, que pasó a ser así un Estado frágil o, si se quiere, fallido. Esto es, un Estado sin capacidad para cumplir con sus cometidos, todo lo cual da lugar a áreas de limitada estatalidad, en la cual surgen arreglos informales por medio de los cuales la sociedad procura atender los cometidos que el Estado, con su fragilidad, no puede cumplir. Tales arreglos informales abarcan la corrupción, así como el crimen organizado y los ilícitos económicos⁶⁷.

El colapso del Estado venezolano ha implicado un retroceso de los logros alcanzado a inicio del siglo XX con la creación del Estado, y por ende, ha supuesto la disminución del ámbito de dominación burocrática y el incremento del área de dominación patrimonial. En este contexto, el procedimiento administrativo pierde relevancia, en tanto la Administración Pública no cuenta con capacidad suficiente para ejercer una dominación burocrática por medio del procedimiento. Por ello, frente a los procedimientos formales (ámbito *de iure*), surgen los procedimientos informales (ámbito *de facto*), en los cuales la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos carece de vigencia efectiva.

Issues”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36.

⁶⁵ Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, en <https://bit.ly/3K1IZdS>

⁶⁶ Santos, Miguel Ángel, “La Venezuela del día después (y del día antes)” en Fajardo, Alejandro y Vargas, Alejandra, *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*, Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe (CODS)-International Development Research Centre (IDRC), Bogotá, 2021, p. 46.

⁶⁷ Hernández G., José Ignacio, *Control de cambio y de precio en Venezuela. Auge y colapso institucional (2003-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 120.

Los procedimientos informales que surgen en las áreas de limitada estatalidad responden no solo a actos de corrupción, sino en general, instituciones informales o normas sociales que surgen para procurar los trámites que la Administración no puede atender debidamente. Estas normas sociales generalizan prácticas de corrupción, como el uso de intermediarios en trámites administrativos que facilitan la obtención de los bienes que la Administración no puede proveer por procedimientos formales (desde autorizaciones hasta pasaportes). Estos son ámbitos no regidos por la Ley, y de hecho, en los cuales la Administración, como herramienta de dominación burocrática, no actúa, pues en su lugar los funcionarios ejercen su área de dominio patrimonial.

El Derecho Administrativo venezolano puede ser catalogado como Derecho Administrativo fallido, pues la Administración no cuenta con capacidades para cumplir sus cometidos, y en específico, para sustanciar procedimientos administrativos de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Este diagnóstico es importante, pues la solución no pasa por reformas legislativas: incluso con la más moderna Ley de procedimiento administrativo, el Derecho Administrativo seguiría siendo fallido.

La solución pasa por reconstruir las capacidades estatales, lo que no es un proceso de corto plazo. Como explicamos, en Venezuela esa fue una labor que ocupó las tres primeras décadas del siglo. Por supuesto, hoy día no se trata de construir capacidades desde la ausencia de Estado burocrático, sino de reconstruir las capacidades del frágil Estado burocrático. Con todo, la tarea es ambiciosa y compleja. Bajo este diagnóstico, la prioridad no debería ser la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, más allá de las razones ya expuestas que aconsejan su revisión. Más bien, la estrategia debería ser reconstruir la capacidad de las Administraciones Públicas de sustanciar procedimientos de acuerdo con esas Ley. Logrado este objetivo, entonces, podrá avanzarse hacia la necesaria reforma y renovación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. ■



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 23, Julio – Diciembre 2021
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://twitter.com/cidepVE)