

FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**PRIMERAS JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS**

CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

CARACAS 1995

FUNDACION ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE:

Belén Ramírez Landaeta

VICE-PRESIDENTE:

Gustavo Urdaneta Troconis

SECRETARIA:

Norko Mancada Redando

Caracas - Venezuela 1995

© Copyright 1995

EDICIONES FUNEDA

Av. Tamanaco, Edificio Impres, El Rosal, Caracas - Venezuela

E. Mail: 102213.1620@ Compuserve. com

Av. Andrés Bello, Edif. Fundación del Niño, piso 1, Ofic. 19, Caracas-Venezuela

ISBN: 980-6373-17-0 Fundación Estudios de Derecho Administrativo

ISBN: 980-365-008-4 Editorial Jurídica Venezolana

PRESENTACION

La Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) fue creada por iniciativa de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de Noviembre de 1993, y tiene por objeto el estudio y la divulgación del Derecho Administrativo en todas sus manifestaciones, de manera particular el ordenamiento, clasificación, compilación y edición de la Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la publicación, distribución y venta de tales compilaciones; la edición y venta de los libros y revistas, folletos y estudios jurídicos y demás publicaciones tanto de los Magistrados de dicha Corte como de personas ganadoras de concursos que la misma haya promovido, y en general, de todo cuanto propenda a la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo.

La Fundación está integrada por Miembros Fundadores: Los otorgantes del Acta Constitutiva. Miembros Ordinarios: Todos los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, el Juez Titular del Juzgado de Sustanciación de dicha Corte, y los respectivos secretarios, siempre que manifiesten por escrito a la Junta Directiva de la Fundación su voluntad de pertenecer a ella. Miembros Consejeros: Los ex-Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Mediante Acuerdo de la Asamblea del 27 de mayo de 1994, la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, considerando que den-

tro de los objetivos de esta Fundación está la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo, y que el Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER CARIAS ha contribuido significativamente a la divulgación del Derecho Administrativo tanto en Venezuela como en otros países de Europa y América, acordó celebrar cada año, a partir de 1995, en el mes de noviembre, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS, en Caracas, con la participación de relevantes personalidades nacionales y extranjeras que se hayan destacado en este campo.

La escogencia del nombre de estas Jornadas Internacionales se debió a que, dentro de la lista de juristas venezolanos a quienes debe rendirse homenaje por su destaca labor en este campo, el Profesor Brewer Carias, desde los albores de su itinerario académico, el cual se inició a temprana edad, ha sobresalido por su empeño en la divulgación del estudio del Derecho Administrativo. Ha sido un incansable Maestro y un prolifero autor, animando a otros a dedicarse al estudio de esta disciplina con su generoso apoyo.

Las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, tuvieron lugar los días 7, 8, 9 y 10 de noviembre de 1995, con la presencia de los ilustres profesores extranjeros: ROLAND DRAGO, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Paris (Panthéon-Assas). FERNANDO GARRIDO FALLA, Catedrático Emérito de la Universidad Complutense. Madrid. SANDRA MORELLI, Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad del Externado de Colombia. JUAN CARLOS ESGUERRA, Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional. Decano Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. AGUSTIN GORDILLO, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Buenos Aires. JESUS GONZALEZ PEREZ, Catedrático de Derecho Administrativo. Madrid. CONSUELO SARRIA OLCOS, Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad del Externado de Colombia. Magistrada del Consejo de Estado de Colombia. LUCIANO PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo. Vice Rector de la Universidad Carlos III de Madrid. FRANK MODERNE, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Paris I (Panthéon Sorbonne). RODOLFO PIZA ESCALANTE, Magistrado

de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. JERRY L. MASHAW, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Yale. Estados Unidos. Así mismo, intervinieron comentaristas nacionales destacados por su labor en el campo del Derecho Administrativo. Fruto de estas primeras jornadas es la publicación que ahora editamos, en la que se recogen las distintas intervenciones de este evento académico. Esperamos que las consideraciones realizadas a lo largo de estas Jornadas, contribuyan a una reflexión que desemboque en el perfeccionamiento del proceso contencioso administrativo como medio efectivo de garantizar los derechos del ciudadano.

Belén Ramírez Landaeta

Caracas 2 de octubre de 1996



ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS

INDICE

Nota Bio-Bibliográfica.....	11
Palabras de Apertura (Dr. José Guillermo Andueza).....	23
Palabras del Profesor Allan Randolph Brewer-Carías.....	31
Roland Drago, <i>Un Nouveau Juge Administratif</i>	41
<i>Un nuevo juez administrativo</i> , (Traducción al español).....	59
Cecilia Sosa Gómez, (Comentarista).....	79
Nelson Socorro, (Comentarista).....	93
Fernando Garrido Falla, <i>Ambito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España</i>	109
María Amparo Grau, (Comentarista).....	129
Manuel Rachadell, (Comentarista).....	141
Sandra Morelli, <i>El Procedimiento Administrativo y el Proceso Contencioso Administrativo</i>	169
Lubín Aguirre, (Comentarista).....	209
Juan Carlos Esguerra, <i>La Suspensión de Efectos y otras Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo</i>	219
Hildegard Rondón de Sansó, (Comentarista).....	235
Gustavo Urdaneta Troconis, (Comentarista).....	259
Agustin Gordillo, <i>La Prueba en el Derecho Procesal Administrativo</i>	301
Isabel Boscán de Ruesta, (Comentarista).....	335
Belén Ramírez Landaeta, (Comentarista).....	353
Jesús González Pérez, <i>Las Partes en el Proceso, Terceros Intervinientes, Coadyuvantes</i>	369
Rafael Badell Madrid, (Comentarista).....	409
Gustavo Linares Benzo, (Comentarista).....	425
Consuelo Sarria Olcos, <i>Acciones Contencioso Administrativas, Contenido y Clases de Sentencias</i>	445
Jesús Caballero Ortiz (Comentarista).....	471
Román José Duque Corredor, (Comentarista).....	477

Luciano Parejo Alfonso, <i>La Ejecución de Sentencias del Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo en el Derecho Español</i>	485
Carlos Ayala Corao, (<i>Comentarista</i>).....	509
Jose Antonio Muci Borjas, (<i>Comentarista</i>).....	549
Frank Moderne, <i>El Juez Administrativo como Juez Constitucional</i>	577
Josefina Calcaño de Temeltas, (<i>Comentarista</i>).....	595
Gerardo Fernández, (<i>Comentarista</i>).....	605
Rodolfo Piza Escalante, <i>El Contencioso Administrativo y la Protección de los Derechos Humanos</i>	621
José Araujo Juárez, (<i>Comentarista</i>).....	639
Pedro Nikken, (<i>Comentarista</i>).....	661
Jerry L. Mashaw, <i>Preenforcement Judicial Review of Administrative Rulemaking: Some Lessons From Recent American Experience</i>	681
<i>Control Judicial de los Actos Administrativos de Ejecución General</i> (Traducción al Español).....	713
Irene Loreto, (<i>Comentarista</i>).....	751
Humberto Briceño Leon, <i>Tendencias Actuales de lo Contencioso Administrativo en Venezuela</i>	763
Palabras del Profesor Allan Randolph Brewer-Carías en el Acto de Clausura.....	783

**NOTA BIOBIBLIOGRAFICA SOBRE
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS**

BIOGRAFIA ACADEMICA

- 1939 Nace en Caracas, el 13 de noviembre.
- 1960 Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1962 Abogado, Universidad Central de Venezuela, Diploma Summa Cum Laude, otorgado por la misma Universidad.
- 1962-63 Estudios de Post-grado (Derecho Administrativo), Universidad de París.
- 1963 Profesor de Derecho Administrativo por concurso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V. Ha sido Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo y Jefe del Departamento de Derecho Público en la Escuela de Derecho de la misma Facultad. Desde 1984 es Profesor Titular.
- 1964 Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela.
- 1967 Estudios sobre Aspectos Jurídicos de Integración Latinoamericana, INTAL, Buenos Aires.
Profesor del Seminario de Derecho Público, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas hasta 1979.
- 1968-71 Organizó y dirigió los Cursos de Derecho Comparado en Caracas, de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo. (Caracas)
- 1968-73 Profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo con cursos dictados en París (Problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana), Madrid (Problemas constitucionales de integración económica latinoamericana) y Beirut (Las empresas públicas en el derecho comparado).
- 1970 Profesor del Curso de Derecho Público en la Escuela de Administración Pública, Caracas.
- 1972-74 Visiting Fellow, Clare Hall y Center of Latin American Studies, Cambridge UK, y miembro de la Facultad de Derecho, Universidad de Cambridge, UK.
- 1973-81 Profesor del Seminario sobre "Reforma Administrativa en América Latina" en el Instituto Internacional de Administración Pública, París.

- 1974 Profesor Honorario de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia.
- 1976 Profesor de Fundamentos de la Administración Pública hasta 1980, Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Ha sido Jefe de la Cátedra de Fundamentos de la Administración Pública y Jefe del Departamento de Administración Pública en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la misma Facultad.
- 1977 Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza, Argentina.
Distinción, con su nombre, de la Promoción de Abogados, Universidad Central de Venezuela.
Orden José María Vargas, Universidad Central de Venezuela.
- 1979 Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela hasta 1987.
- 1980 Distinción con su nombre de la Promoción de Licenciados en Ciencias Políticas, Mención Administración Pública.
- 1981 Premio Nacional de Ciencias, otorgado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.
- 1981-84 Fue coordinador fundador de los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo, cursos de Post-Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
Profesor de la materia Derecho Administrativo Profundizado en dichos cursos de Post-Grado y del Seminario sobre el Contencioso de los actos administrativos.
- 1982-84 Profesor de Derecho Público de la Economía, Instituto de Estudios Superiores de Administración, Caracas.
- 1984 Miembro Honorario del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Católica del Táchira. San Cristobal.
- 1985-86 Profesor Simón Bolívar de la Cátedra de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Cambridge, Fellow del Trinity College y Profesor del Curso sobre "Control Judicial de la constitucionalidad en el Derecho Comparado" en el Curso de postgrado (L.L.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge UK.
- 1986 Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, España.
Medalla de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, España.
- 1987 Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- 1987-89 Profesor de Derecho Administrativo en los Cursos de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- 1989-90 Profesor Asociado en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (Universidad París 2) donde dictó el curso sobre "Principios del Procedimiento Administrativo" en el curso de postgrado de Derecho Administrativo.
- 1991 Distinción, con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carias de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello.
- 1992 Profesor del seminario sobre "Justicia Constitucional y Poder Judicial" en el V Curso Internacional de Justicia Constitucional, Universidad de Aix-en-Provence, Francia, Septiembre.
 Doctor Honoris Causa en Derecho de la Universidad Católica del Táchira.
 Distinción con su nombre, de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carias, para el Estudio y la Investigación del Derecho Público, Universidad Católica del Táchira.
- 1993 Miembro Honorario del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia.
- 1994 Orden José María Vargas, Universidad Central de Venezuela.
- 1995 Profesor Honorario de la Universidad Externado de Colombia y de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- 1996 Doctor Honoris Causa. Universidad Carlos III de Madrid.

ACADEMIAS, INTITUTOS Y ASOCIACIONES

NACIONALES E INTERNACIONALES

- 1966 Miembro correspondiente del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras.
- 1971 Vice Presidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas (1971-1977).
- 1972 Fundador y Secretario Organizador de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública y miembro del Directorio desde 1981.
 Organizador y primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
 Organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Caracas.

- 1975 Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas hasta 1989.
- 1978 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (sillón N° 10), electo en 1978, Caracas.
 Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, hasta 1987.
- 1979 Organizador del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas.
- 1981 Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, Paris, desde 1981.
 Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, desde 1981.
- 1982 Académico Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya.
 Vice Presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya, desde 1982.
 Organizador del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas.
 Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado, hasta 1985.
- 1985 Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- 1992 Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.
- 1996 Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

FUNDACIONES

- 1988 Presidente de la Fundación de Derecho Público desde 1988.
- 1990 Presidente de la Fundación de Estudios Federales desde 1990.

FUNCIONES PUBLICAS

- Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia. (1963-1964).
 Contralor Delegado en la Contraloría General de la República. (1964).

Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral. (1965-1969).

Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República (1969-1972).

Miembro de la Delegación de Venezuela a la Sexta Reunión de la Comisión Mixta de la Declaración de Bogotá Cartagena (1969) y Observador Venezolano a la Primera Reunión de Cancilleres del Grupo Andino, Lima, 1969.

Consejero Científico (ad-honoren), Embajada de Venezuela en Inglaterra (1972-1974).

Conjuez de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979) y Conjuez del Tribunal de la Carrera Administrativa (1976-1979).

Senador Suplente por el Distrito Federal (1978-1984), (1984-1989). (Incorporado el 14-07-82 al 10-08-83; 28-02-84 al 02-03-84; 15-12-87 al 16-12-87 y 17-02-88 al 24-02-88).

Magistrado Suplente de la Sala Político - Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1979-1984).

Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral desde 1979 hasta 1994. (Incorporado el 21-11-83 al 22-11-83).

Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994).

ACTIVIDAD PROFESIONAL

Desde 1965, Abogado Asesor de numerosas instituciones públicas y entre ellas, de la Procuraduría General de la República; Contraloría General de la República; Ministerio de Hacienda; Comisión del Plan Nacional para el aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos; Oficina de Planeamiento Urbano del Distrito Federal; Gobernación del Distrito Federal; Ministerio de Obras Públicas; Consejo Supremo Electoral; Petróleos de Venezuela S.A.; Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas; Instituto Postal Telegráfico; Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; Congreso de la República.

Corredactor de las más importantes leyes administrativas del país, y entre ellas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; la Ley Orgánica de la Administración Central; la Ley Orgánica del Sufragio; la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de Ordenación Urbanística; Ley Orgánica del Distrito Federal, así como de

muchos otros Proyectos de Ley en el campo administrativo, como los de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada; la Ley de Coordinación del Tránsito y Transporte en el Area Metropolitana de Caracas y la Ley de Aguas.

Corredactor de la Constitución del Estado Aragua y del Estado Yaracuy (1979-1980) y de otras Leyes y Constituciones de diversos Estados de la República.

Ejercicio libre de la profesión de Abogado desde 1975 Escritorio Jurídico Baumeister & Brewer, dedicados a materias propias del derecho público, particularmente, del derecho constitucional, administrativo, urbanístico, municipal.

DISTINCIONES PROFESIONALES

Condecoración Orden "Cristóbal Mendoza" en su Primera Clase, Colegio de Abogados del Estado Carabobo 1983.

Condecoración "Arminio Borjas" en su Primera Clase, Federación del Colegio de Abogados de Venezuela 1983.

DISTINCIONES HONORIFICAS

Condecoración Orden de "El Libertador", Gran Cordón (1994).

Condecoración Orden "Andrés Bello", Banda de Honor (1980) en su Primera Clase.

Condecoración Orden "27 de Junio" (1993).

Condecoración Orden "Diego de Losada", Gobernación del Distrito Federal.

Condecoración Orden "Congreso de Angostura", en su Primera Clase, Gobernación del Estado Bolívar (1994).

Condecoración Orden "Samán de Aragua". Unica Clase, Gobernación del Estado Aragua (1993).

Condecoración Orden "Santiago de los Caballeros de Mérida", Consejo Municipal del Municipio Libertador, Mérida.

Condecoración "Cruz de las Fuerzas Armadas de Cooperación", en su Segunda Clase.

Condecoración "Medalla Honor al Mérito", Guardia Nacional.

PREMIOS POR PUBLICACIONES

"La más alta mención honorífica que conceden los Reglamentos Universitarios" de la Universidad Central de Venezuela, concedida a la Tesis del Doctorado *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, según veredicto inscrito en el Libro de Actas de Examen de Tesis de Doctorado, No. 72 de fecha 24-04-64, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Premio Luis Sanojo 1963-1964, concedido por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal a la obra *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisdicción Venezolana*.

Primer Premio en el Concurso Abierto por la Contraloría General de la República de Venezuela en América Latina, en 1968, para estudios sobre Control Fiscal, otorgado al estudio *El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho Venezolano*. (1968).

Premio Anual a la Investigación de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1974-1975), y Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales correspondiente al año 1976, otorgado al libro *Cambio Político y Reforma de Estado en Venezuela*.

Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia, otorgado al libro *Derecho Administrativo, Tomo I*. (1979).

PUBLICACIONES

LIBROS

- 1964 *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, galardonado con el Premio "Luis Sanojo 1963-1964".
- 1965 *El Régimen Jurídico Administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía Venezolana*.
Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de Tránsito y Transporte Terrestre.
- 1966 *La Expropiación por causa de Utilidad Pública o Interés Social*.
- 1967 *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*.
- 1968 *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*.
Les Entreprises Publiques en Droit Comparé (París).
Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana.

- 1969 *El Control de las Actividades Económicas del Estado en Derecho Venezolano*, galardonado con el Primer Premio en el Concurso promovido por el Instituto Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras.
- 1970 *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de la Carrera Administrativa*.
- 1971 *Aspectos Institucionales del Transporte y Tránsito en el Área Metropolitana de Caracas*
- 1975 *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela* (Madrid), galardonado con el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1975) y el Premio de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (1975).
Derecho Administrativo Tomo I, galardonado con mención Honorífica en el Premio XXV Aniversario del Ministerio de Justicia.
Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I.
Un Derecho para el Desarrollo y la Protección de los particulares frente a los Poderes Público y Privado. (Maracaibo)
- 1976 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II; Tomo III, Vol. 1.
Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables.
Garantías Constitucionales de los Derechos del Hombre
- 1977 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo* Tomo III , Vol. 2; Tomo IV.
 En colaboración con José Muci Abraham y Oswaldo Padrón Amare, *Observaciones al Proyecto de Reforma Tributaria 1976.*
El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales.
 En colaboración con Norma Izquierdo, *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela.*
- 1978 *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo* Tomo V, Vol. 1 y Vol. 2
Introducción al Estudio de la organización Administrativa Venezolana.
La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo.
- 1979 *Política, Estado y Administración Pública.*
Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930- 1970 y Estudios de Derecho Administrativo Tomo VI. Política, Estado y Administración Pública.

- 1980 *El Régimen Jurídico de las Empresas Públicas*
Estudios sobre la Reforma Administrativa.
Urbanismo y Propiedad Privada.
Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I.
Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979.
(Valencia)
- 1982 *El Derecho Administrativo y la ley Orgánica de*
Procedimientos Administrativos.
La Defensa de la Constitución.
Instituciones Políticas y Constitucionales. (1ª Edición)
El Estado. Crisis y Reforma.
- 1983 *La Concepción del Estado en la Obra de Andrés Bello*
(Madrid).
La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela.
Estudios de Derecho Público, Tomo I.
Sumario de la Constitución de 1961.
- 1984 *Constitución de 1961, Enmiendas Nº. 1 y 2.*
El Régimen Municipal en Venezuela.
- 1985 En colaboración con Enrique Viloria V., *Sumario de las*
Nacionalizaciones (Hierro y Petróleo).
Las Constituciones de Venezuela (Madrid).
El Estado Incomprendido.
Instituciones Políticas y Constitucionales; 2da. Edición, 2 Vols.
Estudios de Derecho Público, Tomo II.
- 1986 *Estudios de Derecho Administrativo (Bogotá).*
 En colaboración con Enrique Viloria V., *El Holding Público.*
- 1987 *Estado de Derecho y Control Judicial (Justicia Constitucional,*
Contencioso administrativo y Amparo en Venezuela)
(Madrid).
Reflexiones en España.
- 1988 *Problemas del Estado de Partidos.*
- 1989 *Judicial Review in comparative law (Cambridge).*
- 1990 *Los derechos humanos en Venezuela; casi 200 años de historia*
Estudios de Derecho Público Tomo III.
Principios del Procedimiento Administrativo (Madrid).
- 1991 *La Constitución y sus Enmiendas.*

- Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana.*
- El caso de las cartas de crédito. Efectos retroactivos y confiscatorios de la unificación cambiaria y el régimen de las subvenciones administrativas.*
- 1992 *Les Principes de la Procedure Administrative non Contentieuse* (Paris).
- Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno.*
- 1993 *Contratos Administrativos.*
- En colaboración con Carlos M. Ayala Corao, *El caso del Monstruo de los Palos Grandes, Estudio Jurídico Urbanístico.*
- El amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (una aproximación comparativa).*
- En colaboración con Armida Quintana M., León H. Cottin, Gabriel Ruan S. y Carlos Ayala Corao, *El caso del Banco de Venezuela, El Juicio de Amparo contra la Comisión Nacional de Valores, Tomo I.*
- Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela.*
- 1994 En colaboración con José Guillermo Andueza y Gerardo Fernández *Los derechos del niño Vs. los abusos Parlamentarios de la libertad de expresión.*
- El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado.*
- Régimen Cambiario, Tomo I.*
- 1995 En colaboración con Jorge Vélez García, *Contratación Estatal, Derecho Administrativo y Constitución.* Bogotá.
- El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela.* Bogotá.
- En colaboración con Carlos Ayala Corao: *El derecho a la intimidad y la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado.*
- 1996 *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I, II, III y IV.*

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

En colaboración con Gregorio Burgueño, *Legislación Venezolana* 1978 (1982); 1979 (1982), 1980 (1982), 1981 (1983).

En colaboración con Luis A. Ortiz Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo, 1961-1996*

Es coautor en las siguientes publicaciones de Leyes, editadas por la Editorial Jurídica Venezolana: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* (1982), *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* (1984), *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales* (1988), *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística* (1988), *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (1989), *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989* (1990), *Leyes para la Descentralización Política de la Federación* (1990); *Ley Orgánica del Sufragio* (1993); *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*. (1996).

INFORMES

En la función pública ha presentado y editado los siguientes Informes Oficiales, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, 2 Tomos, 1972; *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Memoria de Allan R. Brewer-Carias, Ministro de Estado para la Descentralización, 1994.

ARTICULOS

Ha publicado más de trescientos (300) artículos y estudios en Revistas especializadas y Obras colectivas en español, francés e inglés, en temas de Derecho Público y de Administración Pública.

PUBLICACIONES DIRIGIDAS

Es Director-Fundador de la Revista de Derecho Público (Trimestral), Editorial Jurídica Venezolana, desde 1980.

Fué Director-Fundador del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público desde 1971-1987.

PALABRAS DE APERTURA

**I JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS**

**PALABRAS DE APERTURA EN LAS
PRIMERAS JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS**

Por José Guillermo Andueza

La celebración de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, que llevan el nombre del renombrado jurista venezolano. Allan Randolph Brewer -Carías, se produce en un momento muy oportuno porque en este evento se puede reflexionar acerca del papel del proceso contencioso-administrativo como medio efectivo de protección de los derechos garantizados por la Constitución. Muchos de los problemas que plantea el actual funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa son problemas comunes a todas las otras jurisdicciones, como son, entre otros, el retardo procesal, la acumulación de causas y la necesidad de aumentar, en calidad y cantidad, la producción judicial.

El retardo procesal produce daños a los intereses de los afectados. Una sentencia, aunque sea favorable, puede tener poco valor cuando llega tarde y no sirve para resarcir los perjuicios sufridos. Las consecuencias negativas del retardo procesal son aún más graves cuando el perjuicio se causa a uno de los derechos constitucionalizados. Por otra parte, en la jurisdicción contencioso-administrativa, como en las otras jurisdicciones se está produciendo una inflación de causas, lo que puede explicar en parte los retardos procesales y, en cierta medida, la pérdida de calidad de las sentencias.

A este problema hay que buscarle alguna solución siempre que ella no consista en poner obstáculos e impedir el acceso a la justicia. En algunos países, los mecanismos de la conciliación y de la mediación han resultado positivos y sería conveniente pensar en ellos para aligerar la acumulación de expedientes judiciales. En la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República está previsto un procedimiento administrativo previo a las acciones que se pretendan intentar contra la República. Las acciones a que se refiere este procedimiento son aquellas que tienen contenido

patrimonial, como son las de reparación de daños y perjuicios o de cobro de sumas de dinero. Este procedimiento administrativo previo se ha convertido más bien en un obstáculo a una justicia rápida y eficiente porque la Procuraduría no tiene, en ese procedimiento, facultades para la conciliación o la mediación, sino que su actuación se limita a producir un dictamen acerca de la legalidad y procedencia de la reclamación administrativa. Este dictamen es remitido al Ministro correspondiente quien lo envía al interesado para que manifieste si acoge o no el criterio de la Procuraduría. En caso de una respuesta afirmativa, el asunto queda solucionado. Si, por el contrario, la respuesta es negativa, entonces el interesado puede acudir a la vía judicial. Este procedimiento es demasiado rígido e impide que la Procuraduría efectúe una verdadera conciliación o mediación entre la administración y el interesado.

Sin embargo, el problema principal de la jurisdicción contencioso-administrativa reside en los principios que orientan su estructura y funcionamiento. Esa jurisdicción nació con el estado de derecho con el propósito de garantizar la legalidad de la actuación administrativa. En este control se le dio participación a los particulares siempre que alguno de sus derechos resultara lesionado por la actividad administrativa. "La calidad requerida para intentar un recurso -dice Edouard Laferriere en su clásico 'Tratado de la jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos'- nace del *interés directo y personal* que la parte pueda tener en la anulación del acto" (véase tomo II, LGDJ, Paris, 1.989, pag 405). Los recursos contencioso-administrativos fueron concebidos -según esta doctrina- como un medio de defensa de los derechos e intereses de los administrados. Por eso cuando la administración pública, en ejercicio de su potestad limitadora de los derechos e intereses, lesionaba estos derechos e intereses el particular podía acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. La posición del particular es, en estos casos, puramente defensiva, ya que sólo reaccionaba para combatir la actuación ilegal que lo afectaba.

Por otra parte, para que el particular pueda actuar judicialmente contra la administración pública es requisito indispensable que ésta produzca un acto administrativo, previo al juicio, que ponga fin a la vía administrativa. En el afán por producir un acto previo la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han creado la figura del acto presunto,

producto del silencio administrativo. Transcurrido el plazo legal sin que la administración pública se hubiere pronunciado, se presume que hubo un acto favorable o desfavorable al interesado. Pero para lograr que la administración se pronuncie, expresa o tácitamente, se necesita que el administrado agote la vía administrativa, que es otro presupuesto procesal para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este presupuesto procesal se ha convertido, en ciertos casos, en un verdadero obstáculo a una eficiente administración de justicia ya que el agotamiento de la vía administrativa, que es una instancia previa, impide el acceso directo del interesado a la justicia administrativa. Y esta instancia, por el tiempo transcurrido puede desmejorar, aún más, el derecho o el interés que se ventila.

De acuerdo con esta concepción objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede ejercerse la pretensión procesal de nulidad si antes la administración pública no produce un acto administrativo que afecte el derecho de algún interesado. Esta concepción objetiva tuvo su razón de ser en la época en que el liberalismo político se propuso limitar las funciones de la administración pública al simple cumplimiento de la actividad de policía. Según esta doctrina política, la función del Estado quedaba reducida a la reglamentación de los derechos de los particulares y al mantenimiento de la paz pública.

Sin embargo, después de concluida la segunda guerra mundial, ese modelo político comenzó a variar. Junto a la actividad de policía, la administración pública asumió la responsabilidad de satisfacer directamente ciertas y determinadas necesidades públicas relacionadas con los llamados derechos de prestación. Y asumió esa responsabilidad porque el Estado no podía contentarse con hacer un reconocimiento formal de los derechos humanos sino que tenía que adoptar una actitud positiva para que esos derechos fueran una realidad. En la concepción liberal, los derechos humanos tuvieron un sentido defensivo y por eso fueron constitucionalizados a fin de que sirvieran de muralla defensiva contra la acción arbitraria del Estado. Si éste no se detenía, entonces el particular quedaba autorizado para poner en movimiento todo el sistema judicial de protección a sus derechos. Este aspecto defensivo de los derechos humanos se mantiene en el estado social de derecho, pero se complementa con los llamados derechos prestacionales. En efecto, en esta última concepción política, el Estado tiene una nueva

tarea que cumplir, la que se expresa en un conjunto de prestaciones o de operaciones materiales que son necesarias para satisfacer las demandas públicas, ya que con ellas se hace efectivo el ejercicio de ciertos derechos de la persona humana. Por eso las Constituciones suelen establecer la obligación del Estado de prestar ciertos servicios y como contraprestación a este deber suelen reconocer un derecho a los particulares para exigir a la administración la prestación de un servicio o la abstención de prestarlo cuando existan circunstancias que así lo justifiquen. Por ejemplo, la Constitución venezolana ordena al Estado la creación y sostenimiento de escuelas bien dotadas "para garantizar el acceso a la educación y a la cultura". Con esta disposición, la norma constitucional impone al Estado una obligación prestacional, obligación que implica, por parte del Congreso, el deber de dictar una legislación que garantice, en forma real y efectiva, el ejercicio del derecho a la educación y, por parte de la administración pública, el de crear y sostener escuelas. El derecho a la educación tiene, pues, un doble carácter, el de derecho público subjetivo el de una obligación del Estado.

La actividad prestacional que el estado social de derecho ha atribuido a la administración pública no está protegida por la jurisdicción contencioso-administrativa. Según lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución venezolana, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene competencia para anular los actos administrativos, para condenar a la administración al pago de sumas de dinero y para disponer lo necesario a fin de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Cuando la administración pública no presta el servicio a que está obligada o lo presta deficientemente, la acción judicial de prestación no cae en ninguno de estos tres supuestos, a menos que se entienda que la acción prestacional está dirigida a restablecer una situación jurídica subjetiva que haya sido lesionada por la inactividad de la administración o por la defectuosa prestación del servicio. Para evitar dudas acerca de la existencia de esta acción o pretensión prestacional, habría que regularla legalmente. Esta acción o pretensión procesal tendría su fundamento en el artículo 68 de la Constitución venezolana que reconoce el derecho que tiene toda persona a "utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses". Si la prestación educativa, por ejemplo, es un derecho público subjetivo y es, además, un deber del Estado, el interesado puede acudir a la justicia y

exigir a la administración que le preste el servicio o que se abstenga de dárselo. No se trata, en este caso, de impugnar un acto administrativo sino de pedir el cumplimiento de una obligación constitucional.

No se trata tampoco de interponer un recurso de carencia o de abstención, el cual procede cuando la administración pública no obstante estar obligada a pronunciarse mediante un acto formal, se abstiene de actuar. Con la acción o pretensión prestacional lo que se busca es, por el contrario, que la administración adopte un comportamiento positivo o una conducta determinada y no que produzca un acto administrativo.

Venezuela aún no ha dictado la ley que debe regular la jurisdicción contencioso-administrativa. Actualmente esta jurisdicción se rige por una disposición transitoria de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 30 de julio de 1.976, en la que se dispuso que mientras se dictaba esa ley que organizaria la jurisdicción, los tribunales allí previstos conocerían de los recursos o acciones contencioso-administrativos. En esa ley, aún no sancionada, podrían introducirse estas y otras importantes innovaciones. Sin embargo, estoy consciente que la incorporación de la acción o pretensión procesal de prestación va a chocar con los principios económicos en boga que tratan de reconstituir el viejo Estado liberal del siglo XIX. Se dirá que la crisis del Estado actual deriva de la excesiva carga que representa la actividad administrativa de prestación y, por consiguiente, incorporar una acción o pretensión como esa sería aumentar el costo financiero del Estado en momentos de grave crisis fiscal. Sin embargo, hay que tener presente que la obligación de prestar ciertos y determinados servicios es una obligación que deriva del mismo texto constitucional, el cual reconoce también a los particulares derechos subjetivos a obtener esas prestaciones. La sapiencia de la ley estará en encontrar un justo equilibrio entre los derechos humanos y la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales.

Este y otros muchos serán los temas de reflexión de estas primeras jornadas internacionales de derecho administrativo. Ojalá que ellas perduren con el tiempo y contribuyan a la actualización de un derecho que cada día resulta más necesario para garantizar a las personas los derechos que les son inherentes. Los derechos, como medios de defensa o como medios de obtener prestaciones, son un tema de profundas consecuencias sociales y

políticas. Reflexionar sobre ellos, no obstante el marco ideológico que hoy quiere imponerse, es necesario y conveniente.

Felicito a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo por esta importante iniciativa, ya que con ella se ha convocado a un número importante de estudiosos del derecho administrativo para reflexionar en conjunto sobre aspectos fundamentales de ese derecho. Felicitaciones y mucho éxito.

**PALABRAS DEL DR.
ALLAN R. BREWER-CARIAS
CON MOTIVO DE LAS PRIMERAS
JORNADAS INTERNACIONALES DE
DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN R. BREWER-CARIAS**



**PALABRAS DEL DR. ALLAN R. BREWER-CARIAS
CON MOTIVO DE LAS PRIMERAS JORNADAS
INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ALLAN R. BREWER-CARIAS**

Caracas, 07 de noviembre de 1995

Queridos amigos:

Se que todos Udes., los que me conocen bien y los que no también, tienen que saber cómo me siento en este momento.

Un acto de generosidad extrema como el que han tenido conmigo mis queridos amigos Belén Ramírez Landaeta, Gustavo Urdaneta Troconis, Jesús Caballero Ortiz, José Agustín Catalá, Alexis Pinto D'Ascoli y Norka Moncada, al haber acordado indentificar con mi nombre estas Jornadas anuales, sencillamente me abruma, porque es un honor que nunca podré pagarles, salvo con amistad. A esta lista de mis acreedores de gratitud se suman los nuevos Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a la cual está indisolublemente unida la Fundación, María Amparo Grau, Teresa García de Cornet y Lourdes Wills Rivera. Les insisto, sólo les podré pagar con la amistad.

Y la amistad, como decía Aristóteles en su Ética a Nicómaco, es lo más necesario en la vida, pues sin amigos nadie querría vivir, aun cuando poseyera todos los demás bienes. Y la amistad consiste en querer el bien de los otros, por causa de ellos, sin esperar recibir. Sólo son amigos quienes dan; y por eso los amigos reciben, sin que ese sea el fin. Porque los que son amigos por interés dejan de serlo cuando desaparece la conveniencia; en ese caso, en realidad, no eran amigos el uno del otro, sino de su propio provecho.

Amigo es el que quiere y hace el bien por causa del otro; que quiere que su amigo exista y viva por amor del amigo mismo; por lo que amistad es

querer y dar, incluso en sueños. Como lo dijo Segismundo, el hermano de Don Quijote:

"que estoy soñando y que quiero obrar bien, pues no se pierde el hacer bien ni aún en sueños"

Ustedes, mis amigos, han sido generosos conmigo, por nobleza y rectamente, con agrado y sin pesar. Por ello estoy abrumado.

Ustedes saben que he vivido intensamente. La orden que he tenido, como decía Unamuno es "vivir, ya que hemos de morir"; e incluso, vivir sin plan previo, pues no somos edificios. Por eso decía Don Miguel, que:

"No hace el plan a la vida, sino que esta se lo traza a sí misma, viviendo"

Tengo 35 años dedicado a la investigación y casi lo mismo a la docencia. Ingresé al Instituto de Derecho Público como auxiliar de investigación en 1960 y por esos años leí por primera vez a Unamuno, que siempre he recomendado a los más jóvenes. Porque así como uno ha podido tener y tiene muchos amigos en la vida, hay otros que no lo son, básicamente porque no nos conocen. El consejo que Unamuno dio alguna vez a un joven discípulo siempre lo tuve presente. Decía:

"Te repito que te prepares a soportar mucho, porque los cargos tácitos que con nuestra conducta hacemos al prójimo son lo que más en lo vivo le duelen. Te atacan por lo que piensas; pero les hieres por lo que haces. Hiéreles, hiéreles por amor. Prepárate a todo, y para ello, toma el tiempo de aliado.

Morir como Icaro vale más que vivir sin haber intentado volar nunca, aunque fuese con alas de cera. Sube, sube, pues, para que te broten alas, que deseando volar te brotarán".

Mi gran aliado ha sido el tiempo; y no sólo el transcurrido cronológicamente de más de tres décadas en estas lides; sino el empleado en las mismas. Y mis amigos lo saben. Ellos sé que pueden responder a la pregunta que muchos se hacen respecto a mi trabajo. ¿Cómo haces? ¿De dónde sacas tiempo?. La verdad es que éste siempre ha estado allí, y lo he sabido utilizar, para lo cual he contado con una aliada esencial: Beatriz, mi esposa, que me ha permitido, con comprensión, solidaridad y amor, utilizar el tiempo que en otras circunstancias podía haberse destinado a



otras actividades. Por ello, ustedes también han sido generosos con ella, lo que les agradezco en el alma.

Pero no hay que llamarse a engaño. En mi vida no me he aburrido, he procurado vivir todos los momentos, he cometido errores, he corrido riesgos, sólo he tomado las cosas con seriedad cuando lo han sido efectivamente, he hecho todos los viajes que he podido, y he contemplado muchos amaneceres y atardeceres. En otras palabras, he tenido muy en cuenta el famoso escrito de Jorge Luis Borges, *Instantes*, que me permito recordar, para que estemos pendientes de que no nos pase lo que él narra, o evitar que suceda. Decía Borges:

"Si pudiera vivir nuevamente mi vida, en la próxima trataría de cometer más errores. No intentaría ser tan perfecto, me relajaría más. Sería más tonto de lo que he sido. De hecho, tomaría muy pocas cosas con seriedad. Correría más riesgos, haría más viajes, contemplaría más atardeceres, remontaría más ríos.

Iría a lugares adonde nunca he ido. Comería más helados y *menos habas*. Tendría más problemas reales y menos imaginarios. Yo fui una de esas personas que vivió sensatamente cada minuto de su vida; claro que tuve momentos de alegría.

Pero si pudiera volver atrás trataría de sentir, disfrutar y aprender de esos buenos momentos.

Por si no lo saben, de eso está hecha la vida. Sólo de momentos; no te pierdas el ahora.

Yo era uno de esos que nunca van a ninguna parte sin un termómetro, una bolsa de agua caliente, un paraguas y un paracaídas, si pudiera volver a vivir, viajaría más liviano.

Si pudiera volver a vivir, andaría descalzo en primavera, daría más vueltas en la calesita, contemplaría más amaneceres y jugaría con más niños, si tuviera otra vez la vida por delante.

Pero ya ven, tengo 85 años y se que me estoy muriendo".

Yo, mis queridos amigos, si pudiera volver atrás y pudiera volver a vivir mi vida, en gran parte, gracias a mis amigos, volvería a vivir mi misma vida.

Pero basta de hablar de mi mismo. Para nuestros invitados extranjeros y para los asistentes, permitanme hablar de los artifices de estas Jornadas.

He tenido el privilegio de trabajar con algunos de ustedes, como Jesús Caballero Ortiz y Gustavo Urdaneta Troconis, quienes me sustituyeron en la Dirección del Instituto de Derecho Público. Jesús, es casi mi contemporáneo y una sincera amistad nos ha unido desde siempre; Gustavo fue uno de mis alumnos más distinguidos, y a pesar de algunas diferencias circunstanciales, quiero decirle que mi amistad sigue siendo invariable. Alexis Pinto D'Ascoli y Maria Amparo Grau fueron mis alumnas en los cursos de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central y desde entonces han contado con mi sincera amistad. Lourdes Wills Rivera, en la Facultad transitaba en los campos del derecho privado, y Teresa Cornet ingresaba en ella a la docencia cuando yo salía del Instituto, pero amigos comunes nos hicieron amigos. A José Agustín Catalá y Norka Moncada, los conocí realmente como abogado litigante en la Corte Primera, y desde el primer momento se entabló entre nosotros una amistad sincera. Belén Ramírez Landaeta, quien es el alma de la Fundación y, sin duda, la primera conspiradora de esta muestra de amistad junto con esa entrañable amiga de siempre que es Isabel Boscán de Ruesta, desde que la conocí ha contado con mi amistad, que primero la tuve con su padre, destacado Magistrado de la Corte Suprema.

Quisiera decirles que no se imaginan el alivio que me han dado Udes., sin saberlo ni quererlo, al haber constituido la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Durante años, Udes. lo saben, me dediqué con las uñas y sin organización permanente, a organizar foros, jornadas, seminarios y cursos nacionales e internacionales como medio de difusión, promoción y estudio del derecho administrativo, y sé el trabajo y dedicación que ello exige. El haber encontrado en Udes. un relevo, ha sido una bendición, sobre todo cuando el relevo es tan eficiente y serio. Por ello, aquí quiero felicitarlos por la magnífica labor que han venido haciendo y agradecerles en nombre de todos los asistentes y los que han asistido a los eventos que Udes. han organizado, su esfuerzo y dedicación. Particularmente a Belén Ramírez Landaeta y a las excelentes colaboradoras que tiene en la Fundación entre ellas Giovanna Conace, Maria Eugenia Hands y Sandra Corrales.

Pero a lo largo de estos años en el campo académico y profesional no sólo he hecho amigos en nuestro país, sino en el exterior. Desde los comienzos de mi actividad docente y de investigación en el Instituto de Derecho



Público, tuve como objetivo claro el abrir el derecho administrativo venezolano hacia el exterior. En la nueva etapa de desarrollo de esta disciplina, en la cual coparticipé a partir de la década de los sesenta, entré en contacto con los maestros extranjeros. Fernando Garrido Falla, cuyo Tratado fue la obra fundamental que utilicé en 1963 cuando comencé mi actividad docente, recordará el envío que le hice, en 1964, al igual que a Jesús González Pérez, de mi tesis de grado sobre Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana. Desde entonces, con esos dos maestros españoles he tenido una entrañable amistad, que me ha honrado siempre. Una vieja deuda tenía con Udes., y era que participaran en un curso en Venezuela. Me complace mucho que FUNEDA la haya pagado, pues sus obras son, como en toda América Latina, textos obligados de consulta.

En 1966, conocí a Roland Drago, en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado de Upsala. Él era en ese entonces Secretario General de la Sociedad de Legislación Comparada y había sido ponente francés en el tema sobre las empresas públicas que se me había asignado como Ponente General, aún sin tener ni la edad ni la experiencia requeridas, por insinuación del recordado Profesor Roberto Goldsmidt, que me pidió lo sustituyera. Desde entonces entablamos una estrecha amistad intelectual y personal y una cooperación permanente en el mundo del Derecho Comparado, que él comanda como Secretario General Perpetuo de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya. A él le debo la invitación que me formuló la Universidad de Paris II, en 1989, para dictar un curso de derecho administrativo comparado, en sus cursos de post-grado.

En 1967, con motivo de una visita académica a Buenos Aires, me entrevisté con Agustín Gordillo. Para ese momento ya habíamos, ambos, escrito algunos libros, que nos habíamos intercambiado. Pensábamos, ambos, que éramos más viejos, y nos sorprendió a los dos encontrar que teníamos casi la misma edad. Desde entonces hemos recorrido juntos por América Latina y Europa promoviendo el derecho administrativo latinoamericano, siendo él el artífice del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, que acaba de perder uno de sus miembros fundadores, Eduardo Ortiz Ortiz, de Costa Rica, que de no haber fallecido a comienzos de este año, aquí estaría con nosotros.

A Eduardo lo conocí en 1970, con ocasión de una visita a San José en funciones gubernamentales; lo llamé por teléfono para que nos conociéramos personalmente, y al vernos, allí estaba con él su entrañable amigo Rodolfo Piza Escalante, con quien desde entonces, también me ha unido una entrañable e invariable amistad.

Luego vinieron, con perdón de los nombrados, los más jóvenes.

El Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario en Bogotá, desde 1978 y por unos años, casi fue la sede del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino. Allí conocí a Consuelo Sarria, entonces Consejera Académica, mano derecha del Decano y luego, ella misma, Decana de la Facultad. Desde entonces hemos desarrollado una permanente amistad, que se ha acrecentado con el correr del tiempo. Pero en 1978, en el curso que se había organizado en Bogotá, también estaba como relator de uno de los temas, Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Allí lo conocí, pero realmente entablamos una sincera amistad en los últimos años, cuando estaba de Decano de la Pontificia Universidad Javeriana. Quiero muy especialmente agradecerle su aceptación a venir a este curso, a pesar de la alta y delicada posición gubernamental que hoy ocupa en su país.

En estos mismos últimos años también conocí, en Bogotá, a Sandra Morelli, Directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, con quien también entablé rápidamente una sincera amistad. Ambos, Juan Carlos y Sandra, hicieron posible la realización de las Segundas Jornadas de Derecho Público Colombo Venezolanas que celebramos en Bogotá, hace unos meses.

A Luciano Parejo Alfonso y a Frank Moderne los conocí personalmente en Caracas, en 1980 cuando organicé un Seminario Internacional de Derecho Urbanístico, en el cual participaron, además, otros destacados profesores españoles y venezolanos. Desde hace 15 años he encontrado en Luciano un aliado de muchas empresas y un entrañable e incondicional amigo, al igual que Frank. Siempre he contado con ellos para cualquiera de las empresas intelectuales que hemos armado y organizado en estos tres últimos lustros, tanto en España como en Francia.

Al Profesor Jerry Mashaw lo acabo de conocer con motivo de la realización de este evento. Es un destacado profesor de la Universidad de Yale, a



quien le digo que cuente con que, desde ya, está en ese grueso y sólido grupo de nuestra amistad.

A todos ellos quiero agradecerles en nombre de la Fundación, de todos los asistentes y en el mío propio, el que hayan atendido el llamado que les hicimos y nos hayan enviado con tiempo su ponencia. Ello ha hecho posible el milagro en este tipo de eventos, hecho por FUNEDA, de haber podido editar el magnífico libro que se ha repartido.

De nuevo, muchas gracias a Belén y a todos los miembros de la Fundación, por esta magnífica ocasión, y muchas gracias a todos Udes. por haber también atendido a la convocatoria hecha. Una cosa es cierta: en todo caso, al menos en estas Primeras Jornadas, han quedado relevados de oírme a mí como conferencista, aun cuando no de mi presencia, pues estaré aquí en todas las sesiones.

Gracias de nuevo, a todos.

UN NOUVEAU JUGE ADMINISTRATIF



UN NOUVEAU JUGE ADMINISTRATIF

par
le Professeur Roland Drago
Membre de l'Institut

La dernière décennie du XXème siècle aura vu, pour le juge administratif français, une transformation si complète qu'on pourrait bientôt ne plus le reconnaître. Son fondement historique et son évolution depuis près de deux siècles lui avaient permis d'élaborer une jurisprudence originale le conduisant à saisir avec efficacité les vices du système administratif. A ce titre, le rôle du Conseil d'Etat, spécialement sous la IIIème République, a permis à la France d'accroître l'étendue et les mécanismes du contrôle comme, à l'époque, aucun autre pays n'avait su le faire. Mais il lui arrive aujourd'hui, comme il arrive toujours aux précurseurs, d'être dépassé par ses imitateurs. On peut même dire que, dans, certains domaines, tel celui de la responsabilité de l'administration, l'admiration qu'on avait pour lui oblitérait les avancées réalisées depuis le début du siècle par le droit allemand ou même la *common law* du Royaume-Uni et des États-Unis.

La cause immédiate du changement est évidemment la situation de porte à faux l'intérieur de l'Union européenne. Etre le seul de son espèce (malgré les ressemblances du juge administratif français avec le juge administratif de certains États de l'Union) est une position incommode. Position d'autant plus incommode que le droit communautaire ignore la dualité de juridictions. A ce motif majeur sont venues s'ajouter des causes plus anciennes et plus constantes qui, après avoir fait la force du juge administratif, risquaient d'en devenir la faiblesse: son intégration trop accentuée dans le système exécutif, une procédure souvent inégalitaire,

la position dominante du Conseil d'État malgré la réforme de 1953. Sy ajoutaient enfin des motifs permanents tenant à la lenteur des procès et aux difficultés d'exécution des décisions.

On ajoutera d'ailleurs que le décalage pouvait encore résulter de la notion de "procès équitable" instituée par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette exigence a déjà entraîné la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg, en raison de la lenteur des procès. La Cour l'a même condamnée parce que le juge administratif ne disposait pas, selon elle, de la "pleine juridiction".¹

La transformation a été réalisée entre 1987 et 1995. Elle n'est d'ailleurs pas achevée. La plupart des modifications résultent de dispositions législatives, ce qui prouve qu'elles touchent à l'essence des juridictions. Elles s'échelonnent de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif à la loi de programme du 6 janvier 1995 relative à la Justice et à la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (Titre IV, art. 62 à 82)²

Elles font apparaître un nouveau système juridictionnel (I). Elles impliquent une extension et une banalisation des procédures sommaires (II). Enfin, elles entraînent une extension des pouvoirs du juge par l'emploi du procédé de l'injonction et la substitution (III).

¹. L'expression doit être prise dans l'acception propre à la Cour européenne des droits de l'homme qui signifie que le juge doit pouvoir se prononcer, sur tous les éléments du litige. Ainsi le requérant n'a pas disposé d'un tribunal indépendant et disposant de la "pleine juridiction" si le Conseil d'État a sursis à statuer à propos d'une convention internationale jusqu'à interprétation par le ministre des affaires étrangères (C.E.D.H., 24 novembre 1994 *BEAUMARTIN c/France*, D. 1995, I.R., 27; D. 1995, J., pp. 275-276, note X. PRÉTOT).

². La littérature relative aux réformes intervenues depuis 1987 est très abondante comme déjà celle concernant les réformes de 1995. V. R. CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, 5ème éd., Montcrestien, 1995. V. également Laurence FOLLJOT, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*, Préf R. DRAGO, coll. Travaux et recherches de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, L.G.D.L., 1995. Les réformes de 1995 reprennent certaines propositions du Rapport HAENEL-ARTHUIS. *Doc. parlem., Sénat*, 11 juin 1992, n° 400.



I. UN NOUVEAU SYSTÈME JURIDICTIONNEL

Le Conseil d'État a cessé d'être juge de droit commun en 1953 (bien que la formule figure encore dans l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1.945...). Bien qu'il fût désormais principalement juge d'appel - et juge d'appel unique- sa compétence en premier et dernier ressort était importante et a même augmenté depuis 1953. Elle est, sur ce point, inchangée malgré les réformes. Mais cela ne paraît pas anormal en raison de la nature des litiges portés directement devant lui. N'en est-il pas de même pour la Cour d'appel de Paris qui devient juridiction à compétence nationale pour connaître des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence et d'autres autorités à compétence comparable?

Cette exception étant relevée, le système mis en place en 1987 est un système juridictionnel à deux degrés avec ses trente quatre tribunaux et ses cinq cours administratives d'appel. On sait que les présidents de ces cours sont des conseillers d'État. Cette sorte de "justice déléguée" n'est pas de très bon aloi. On n'a jamais imaginé de décider que les premiers présidents de cour d'appel seraient des conseillers à la Cour de cassation, même si, du point de vue indiciaire, le grade est pratiquement équivalent.

Cette hiérarchie juridictionnelle va d'ailleurs être complétée et renforcée. La loi de programme du 6 janvier 1995 (Rapport annexé, IV) prévoit, dans la période de cinq ans qu'elle institue, la création de deux nouveaux tribunaux administratifs en Ile de-France et de deux cours administratives d'appel "pour permettre un rééquilibrage des ressorts géographiques de ces cours ". On le souhaitait dès l'adoption de la loi de 1987.

Parallèlement la compétence d'appel des cours a été progressivement augmentée à partir du principe formulé à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1987. En application de l'alinéa 2 de ce texte, le décret du 17 mars 1992 a prévu cette augmentation progressive avec les échéances de 1er septembre 1992, du 1er janvier 1994 et du 1er octobre 1995. Enfin, l'article 75 de la loi du 8 février 1995, modifiant l'article 1er de la loi de 1987, a permis l'appel contre les jugements statuant sur les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires.

Désormais, l'intégralité du contentieux administratif, à l'exception du contentieux électoral (entendu au sens strict), relève en appel des cours administratives. C'est la seule matière, avec l'exception d'illégalité, à propos de laquelle le Conseil d'État demeure juge d'appel. On peut se demander d'ores et déjà si cette compétence ne devra pas un jour être transférée.

Ainsi le Conseil d'État est et sera essentiellement un juge de cassation. C'est à la fois une confirmation et une révolution. C'est une confirmation parce qu'il était déjà juge de cassation d'un grand nombre de juridictions administratives spécialisées et, depuis la réforme de 1987, des cours administratives d'appel pour leur compétence alors limitée. Mais c'est une révolution pour plusieurs motifs. D'abord pour la raison indiquée plus haut. Le Conseil d'État ne sera plus à l'avenir qu'un juge de cassation, sous réserve des exceptions de moins en moins nombreuses qui ont été signalées. Cette position a dû et devra le conduire à changer totalement de comportement car il intégrera, en quelque sorte, ses positions en tant que juge d'appel unique dans sa fonction de juge de cassation.³ Ensuite, parce que la cassation en matière administrative est lourde d'ambiguïté lorsqu'il s'agit du recours pour excès de pouvoir tellement dépendant du contrôle des motifs de l'acte attaqué. Enfin parce qu'est instituée, par l'article 11 de la loi de 1987, une procédure préalable d'admission à laquelle d'ores et déjà la Section du contentieux par l'intermédiaire de sa commission d'admission attache une importance extrême.⁴

Ce contrôle de l'admission vient d'ailleurs rejoindre le mécanisme institué par l'article 12 de la loi de 1987 qui permet à un tribunal ou à une cour d'appel de transmettre au Conseil une affaire "soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de

³. "En exagérant à peine, écrivait-on en 1984, on pourrait dire que, lorsqu'il est juge de cassation, le Conseil d'État a tendance à se comporter comme un juge d'appel qui examine tous les éléments du procès tandis que, lorsqu'il est juge d'appel, à maintenir une unité de doctrine, ce qui est le propre d'un juge de cassation" (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3^{ème} éd., n° 1511).

⁴. On sait que, contre toute attente, une procédure identique n'a pu être instituée devant la Cour de cassation. On ne peut qu'y utiliser les procédés internes peu efficaces.



nombreux litiges". Les "avis" qui sont ainsi rendus sont rédigés comme des arrêts et émanent des diverses formations de jugement. On estimait, jusqu'à cette réforme, qu'il n'y avait pas d'action interrogatoire en droit français (on y avait songé à propos du Tribunal des conflits). Inutile de dire que ces "avis" ont et auront la portée qu'on a voulu leur donner, c'est à dire qu'ils s'imposeront en fait aux juridictions, qu'ils pourront couper court au développement de "séries" et empêcher des actions dilatoires.⁵

Le Conseil d'État, inspirateur des articles 11 et 12 de la loi de 1987, a donc entendu verrouiller les transferts de compétence ainsi que les pouvoirs des juges. Mais, en ce qui concerne l'article 12, ceux-ci conservent entière leur faculté d'initiative et il ne serait pas bon que, même pour des motifs de statistique, ils fassent trop usage du texte.

C'est que, désormais, un véritable ordre juridictionnel administratif est né et qu'il doit être, comme l'ordre judiciaire, nourri par les initiatives jurisprudentielles émanant des juges du premier degré et des juges d'appel. Même si le nombre des juridictions est nécessairement différent, les deux ordres sont désormais entièrement parallèles. Et ce parallélisme rend d'autant plus inattendu le très important pouvoir consultatif institutionnel qui demeure celui du Conseil d'État. Autant il est normal qu'une haute juridiction puisse être largement consultée par les pouvoirs publics, autant il deviendra contestable que les formations administratives du Conseil d'État soient associées à l'exercice du pouvoir réglementaire des autorités gouvernementales.⁶

Ces réformes supposent une augmentation importante des moyens dont devront disposer les juridictions administratives. C'est d'abord l'objet de la loi de programme du 6 janvier 1995 qui prévoit des autorisations de programme de 0,2 milliard de francs (art. 3) ainsi que la création de 180 emplois de magistrats et de 200 fonctionnaires (art. 4). Quant à la loi du

⁵ Contrairement à ce qui s'est produit à propos du contrôle d'admission, cette procédure a été instituée devant la Cour de cassation par la loi du 15 mai 1991.

⁶ Et ce d'autant plus que, à propos des décrets en Conseil d'État, celui-ci décide qu'il exerce sa compétence "conjointement avec le Gouvernement" (C.E., 9 juin 1978, *SCI du 61-67 boulevard ARAGO* 1979. II. n° 19032, concl. GENEVOIS).

8 février 1995 (art. 80 et 81), elle a prolongé jusqu'au 31 décembre 1999, avec des dérogations, le système du recrutement complémentaire.⁷

Dans le même but et pour la même période, la loi (art. 79) a décidé que des professeurs et des maîtres de conférences des universités (on suppose qu'il s'agit des disciplines juridiques) pourraient être détachés dans le corps des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Mais pourquoi n'avoir pas aussi prévu ce détachement dans le corps des membres du Conseil d'État?

II. BANALISATION ET EXTENSION DES PROCÉDURES SOMMAIRES

Le défaut majeur des juridictions administratives est, on ne le sait que trop, leur lenteur. Celle-ci est d'ailleurs la rançon de leur succès et il faut dire que des efforts importants ont été entrepris depuis plusieurs années pour réduire, par des moyens techniques, les délais de jugement. Mais le mal demeure. Le procédé radical pour réduire cette lenteur serait de décider que les recours pour excès de pouvoir contre les actes individuels ont un effet suspensif. Cette réforme devrait évidemment comporter des exceptions correspondant à la nature de tel ou tel acte et être assortie d'amendes importantes pour recours abusif.

Mais on hésite à provoquer une réforme aussi révolutionnaire et tout consiste, surtout dans les dernières années, à instituer des mesures obliques et complexes pour aboutir au même résultat sans que pour autant le caractère non suspensif des recours devant les juridictions administratives soit remis en cause. Ces procédures, à propos desquelles la condition d'urgence a fréquemment disparu, deviennent des parasites des procès et sont génératrices de coûts et de temps perdu pour les juges et les justiciables.

⁷ Prolongé sur une, si longue période, le recrutement complémentaire a nécessairement pour effet de dévaloriser le recrutement statutaire assuré par l'ENA et le tour extérieur. Il paraîtrait plus expédient de créer un concours normal d'accès à un corps de conseillers-adjoints à l'instar de ce, qui existe, par exemple, pour les secrétaires des Affaires étrangères.



Les réformes intervenues en cette matière remontent aux années 80. On n'a pas l'intention de les examiner en détail car elles ont déjà fait l'objet d'applications jurisprudentielles et de nombreux commentaires doctrinaux. L'important est de souligner qu'une synthèse de ces mesures a été réalisée par le titre IV de la loi du 8 février 1995 et ses décrets d'application (Décrets n° 95-830 et 95-831 du 3 juillet 1995, ce dernier modifiant le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel).⁸

Sans préjudice de ce qui sera dit plus loin à propos des nouveaux pouvoirs d'injonction et de substitution du juge, on abordera trois questions: l'institution d'un juge unique, l'extension du sursis à exécution et les diverses procédures de référé.

1. L'institution d'un juge unique

Le nouveau système juridictionnel comporte, depuis 1995, une autre particularité qui prend sa place dans cette seconde partie (art. L. 4-1 nouveau et art. R. 17, R. 17-1, R. 17-2, R. 17-3, R. 191, R. 196, R. 200, R. 201 et R. 204 nouveaux du C.T.A. et C.A.A.). Il s'agit de l'institution du juge unique dans les tribunaux administratifs, pour les dix catégories d'affaires mentionnées à l'article L. 4-1 nouveau.⁹

⁸. V. sur ces questions Christian HUGLO et Corinne LEPAGE, "Le titre IV de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 consacré à la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaires?" *LPA* 17 mars 1995, p. 9 et s.

⁹. "Art. L. 4-1. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 4, le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin et ayant atteint au moins le grade de conseiller de 1ère classe statue en audience publique et après audition du commissaire du Gouvernement:

- 1.- Sur les litiges relatifs aux travaux exemptés de permis de construire;
- 2.- Sur les litiges relatifs à la situation individuelle des agents publics, à l'exception de ceux concernant l'entrée au service, la discipline et la sortie du service;
- 3.- Sur les litiges en matière de pensions, d'aide personnalisée au logement, de communication de documents administratifs, de service national;
- 4.- Sur les litiges relatifs à la redevance audiovisuelle;
- 5.- Sur les recours relatifs aux taxes syndicales et aux impôts locaux autres que la taxe professionnelle;
- 6.- Sur la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État pour refus opposé à une demande concours de la force publique pour exécuter une décision de justice;

L'institution de ce juge unique n'est pas une faculté offerte aux juridictions. Dans les matières figurant à l'article L. 4-1, le juge unique, qui est mis en place le 1er septembre 1995 (art. 15 du décret n° 95-831 du 3 juillet 1995), est une formation obligatoire du tribunal. A l'exception de cette particularité majeure, la procédure se déroulera devant lui comme devant les autres formations.

Il peut cependant décider de soumettre l'affaire à une formation collégiale. La décision peut aussi être prise par le président du tribunal (art. R. 191 nouveau).

L'institution du juge unique n'est pas une résurgence du conseiller délégué supprimé en 1990. Elle fait partie des mesures destinées à accélérer la justice administrative en créant une formation qui se prononcera sur des affaires simples ou répétitives. Ce juge -ou ces juges, car il pourra sans doute y avoir plusieurs juges uniques par tribunal- aura pourtant un travail important car il lui appartiendra de rédiger tous les jugements sauf, pour les affaires répétitives (par exemple les "refus de concours"), à avoir recours à l'informatique.

L'abandon de la collégialité est un nouveau signe du rapprochement des juridictions administratives et des juridictions judiciaires puisque, dans les tribunaux de grande instance, le juge unique existe, en certaines matières, depuis la loi du 10 juillet 1970.

2. L'extension du sursis à exécution

Alors que, depuis toujours, le Conseil d'État a adopté une attitude restrictive à propos des demandes de sursis à exécution, certains tribunaux

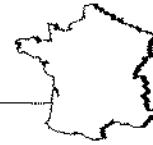
7.- Sur les actions tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une collectivité publique lorsque le montant des indemnités demandées est inférieur à un montant déterminé par décret en Conseil d'État;

8.- Sur les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur les demandes de remise gracieuse;

9.- Sur les litiges relatifs aux bâtiments menaçant ruine;

10.- Sur les litiges relatifs aux contraventions de grande voirie."

Le seuil prévu au 7° a été fixé à 50.000 Francs par le décret n° 95-831 du 3 juillet 1995 (art. 7-1 et 17-2 nouveaux du code des "T.A. et C.A.A.).



administratifs en ont fait, comme des procédures de référé, un large usage. C'est plutôt leur attitude qui est confirmée par l'article 65 de la loi du 8 février 1995 rétablissant un article L. 10 du code des T.A. et C.A.A.. Désormais, à condition qu'il soit demandé et qu'il soit justifié par les deux conditions traditionnelles d'attribution, le sursis pourra être décidé, pour une période de trois mois, par une ordonnance du président du tribunal ou du président de la formation de jugement (ce qui exclut, dans ce cas, la compétence du juge unique). La réforme est évidemment destinée à accélérer indirectement le jugement au fond.

On citera également l'extension de la procédure du sursis d'extrême urgence instituée, à propos des déférés préfectoraux, par la loi du 2 mars 1982 (art. 66 et 70). Enfin, la loi (art. 67) confirme le pouvoir de suspension automatique des décisions en matière d'urbanisme et sans exigence des conditions traditionnelles précitées.

Combiné avec la législation préexistante qui connaît, à côté du sursis de droit commun, de nombreux régimes particuliers, le système est d'une grande complexité¹⁰. On aurait souhaité plus de clarté et surtout un appel à des principes généraux. Ces procédures disparates ne font que dissimuler, on l'a déjà remarqué, le souhait des rédacteurs de ne pas consacrer franchement le caractère suspensif du recours, au moins dans certaines matières.

3. Les procédures de référé

De tous temps, la procédure de référé devant les juges administratifs a permis d'obtenir du juge soit des mesures d'instruction, soit des mesures provisoires et conservatoires. Ces dernières étaient pourtant assez rarement ordonnées, mais une poussée de la jurisprudence des tribunaux administratifs à partir des années 60 a abouti à leur donner une place qu'on peut dire considérable. Quant au référé-provision, institué par le décret du 2 septembre 1988 (art. R. 129 du code des T.A. et C.A.A.) sur le modèle de l'article 849 N. C. Pr. Civ., il connaît aujourd'hui son régime de croisière.

¹⁰ V. le commentaire de ces dispositions dans R. CHAPUS, *Op. cit.*, n° 1148 à 1151.

Pour le référé destiné à promouvoir des mesures d'instruction, et spécialement des expertises, le même décret du 2 septembre 1988 a fait disparaître la condition d'urgence du texte de l'article R. 128.

Comme dans la situation précédente, on signalera encore le référé aux fins de sursis d'extrême urgence institué, depuis la loi du 2 mars 1982, à propos des déférés préfectoraux et étendu, comme on l'a vu, en 1995. Il faut enfin en rapprocher les procédures permettant d'aboutir à une solution au fond d'une grande rapidité de la part d'un juge unique qui n'est pas exactement un juge des référés. C'est le cas des recours dirigés contre les mesures de reconduite à la frontière des étrangers (art. L. 28 nouveau du code des T.A. et C.A.A., texte de l'article 72 de la loi du 8 février 1995).

Le manteau d'Arlequin des procédures de référé s'ajoute à celui concernant le sursis à exécution. Outre la complexité et le désir de ne pas prendre franchement parti sur la portée des recours, cette situation, combinée avec la création du juge unique, donne un étrange sentiment de confusion entre le juge du fond et le juge des procédures sommaires. Les juridictions judiciaires connaissent d'ailleurs actuellement des problèmes du même ordre¹¹. La réforme aurait eu besoin de son DESCARTES ou de son FORTALIS.

III.

POUVOIR D'INJONCTION ET DE SUBSTITUTION DU JUGE¹²

Le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active a vécu. Formulé par voie exclusivement jurisprudentielle, il avait, si l'on peut dire, une explication psychanalytique: il s'agissait pour le Conseil d'État d'affirmer sa fonction de juge mais, en

¹¹. V.J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE. "Le juge des référés au regard des principes procéduraires", *D. 1995*, Chron., 67.

¹². V. sur cette question: C. HUGLO et C. LEPAGE, *Loc. cit.*, p.13 et s.; J.-M. WOEHRLING, "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995; propositions un mode d'emploi", *LPA*, 24 mai 1995, p.18 et s.; P. VALADOU, "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration", *LPA*, 29 mai 1995, p.4 et s.



même temps, de ne pas se comporter en administrateur. Or il oubliait que le pouvoir d'injonction est le propre d'un juge. Mais cette position paradoxale permettait de défendre une politique d'autolimitation.

L'évolution devait se produire à partir des années 1963 et 1980, mais de façon timide et réticente, à propos de l'exécution des décisions des juridictions administratives, problème qui était et est peut-être encore, le talon d'Achille du juge administratif. Mais c'est le droit communautaire qui allait faire éclater le principe à propos des contrats publics et du droit de la concurrence.

1. Les injonctions et substitutions concernant les contrats publics et le droit de la concurrence

Les articles L. 22 et L. 23 du code des T.A. et C.A.A. (loi du 4 janvier 1992 modifiée) sont aujourd'hui bien connus et on n'en abordera l'examen qu'au regard des nouveaux pouvoirs du juge administratif. Ils sont complétés par les articles R. 241-21 à R. 241-24 et concernent les marchés régis par le Livre V du code des marchés publics ("mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains marchés de fournitures et de travaux") intégré dans le code à partir de 1989 (art 378 à 399).

Tous ces textes sont pris en application des directives communautaires intervenues à partir de 1989 et concernant les marchés publics de fournitures, les marchés publics de travaux, les contrats concernant les "secteurs exclus" et, de façon indirecte, les concessions de service public (devenues, en droit français, "délégations de service public" au sens des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques). On prendra l'exemple de l'article L. 22 qui est le plus topique:

- 1° Les litiges concernent les manquements aux obligations de publicité et de concurrence commis à l'occasion de la passation des marchés publics ou des conventions de délégation de service public;
- 2° Ils sont soumis au président du tribunal administratif ou à son délégué (est ce le juge institué, par l'article L. 4-1 ou le

juge des référés?). Le juge saisi statue en dernier ressort et sa décision n'est susceptible que du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État (art. R. 241 -24);

- 3° Les recours émanent de toutes personnes "qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par (le) manquement" et du préfet, si le contrat est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local;
- 4° Le juge peut être saisi avant la conclusion du contrat ;
- 5° Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte :
- 6° Il peut encore annuler les décisions prises et supprimer clauses ou prescription contractuelles destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations des contractants ;
- 7° Sauf pour les marchés de l'État, l'action peut être présentée par l'État (c'est à dire par le ministre ou le préfet) lorsque la Commission des communautés lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'il y a eu violation des règles communautaires ou de celles concernant l'espace économique européen ;
- 8° Le juge doit se prononcer dans le délai de *vingt jours* de sa saisine. L'article R. 241 -21 qui fixe ce délai impose également un recours préalable devant la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il doit être répondu à ce recours dans un délai de *dix jours*.

Jamais on n'aurait pu concevoir que de tels pouvoirs seraient un jour conférés au juge administratif. Cette révolution l'emporte en intensité sur toutes les mesures qui ont été précédemment examinées.

Dans les autres États de l'Union, les contrats en cause relèvent du juge judiciaire et, pour ce juge, les pouvoirs qui lui sont conférés en application



des directives n'ont rien d'anormal. En France, ces contrats sont de la compétence du juge administratif et c'est pourquoi la portée théorique de la réforme a tant d'importance avec des conséquences induites insoupçonnables¹³.

2. Les pouvoirs des juridictions administratives pour assurer l'exécution de leurs décisions

On a rappelé les effets très relatifs de la loi du 16 juillet 1980 permettant au Conseil d'État d'ordonner sous astreinte l'exécution de la décision rendue par une juridiction administrative. La loi prévoit également que le bénéficiaire d'une condamnation pécuniaire d'une personne publique peut, après un délai de quatre mois, obtenir le paiement direct par le comptable public. Il fallut attendre huit ans (décret du 11 avril 1988) pour que le décret d'application (dont la nécessité ne relevait pas de l'évidence) fût publié!

La loi du 8 février 1995 nous fait sortir de cette période pleine d'embarras et de contradictions. Il s'agit des réformes réalisées par les articles 62, 76 et 77 et par le décrets du 3 juillet 1995.

L'article 61 concerne les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs (art- L. 8-2 à L. 8-4 du code des T.A. et C.A.A.). Les pouvoirs de ces juridictions se situent à trois niveaux :

- 1° Si le jugement ou l'arrêt rendu implique, de la part d'une personne de droit public ou d'un organisme privé chargé d'un service public, "une mesure d'exécution dans un sens déterminé", la décision prescrit cette mesure assortie le cas échéant d'un délai d'exécution;
- 2° Si la décision prescrit que l'administration (ou l'organisme privé) doit prendre une décision après nouvelle instruction, la juridiction prescrit que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé.
Dans les deux cas l'"injonction" peut être assortie d'une astreinte.

¹³ La loi du 4 janvier 1992 a d'ailleurs prévu la modification des textes de procédure civile pour les contrats publics qui relèveraient de la compétence du juge judiciaire. V. L. CADIET, "Les marchés publics devant le juge civil", *R.F.D.A.*, 1993 p.184.

- 3° En cas d'inexécution d'une décision, la partie intéressée peut demander au tribunal ou à la cour d'en assurer l'exécution. Si la décision en cause n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Une astreinte peut en outre être prononcée.

Des pouvoirs identiques sont évidemment conférés au Conseil d'État (art 76 et 77 de la loi de 1995; art 2 et 6-1 nouveaux de la loi du 16 juillet 1980).

En ce qui concerne les tribunaux et les cours, les articles R. 222 à R. 222-5 (décret n° 95-831 du 3 juillet 1995, art. 12) simplifient certaines règles de procédure et précisent les délais d'intervention des mesures d'injonction et des prononcé des astreintes. Certaines décisions peuvent être prises par ordonnance du président de la juridiction (art R. 222-3, dernier alinéa).

Toutes ces réformes font apparaître un nouveau et dernier bouleversement: la reconnaissance du pouvoir d'injonction conféré aux juridictions administratives et des moyens apparemment efficaces pour faire exécuter rapidement leurs décisions. L'avenir dira si les juges savent faire un usage judicieux de ces moyens qui, une fois encore les rapprochent des juges judiciaires, surtout si l'on pense aux réformes réalisées par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures d'exécution.

On n'a pas souhaité faire un commentaire trop technique des mesures si nombreuses et si diverses qui viennent d'être présentées mais plutôt se situer dans la moyenne période pour montrer que le juge administratif venait vraiment de changer de nature. La plupart des principes dans lesquels il trouvait son fondement ont disparu et il devient une juridiction "comme les autres".

On terminera par deux observations. La première porte sur les effets de la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence. A partir du moment où seul le contentieux de l'annulation ou de la réformation des actes administratifs ressortit à la



compétence des juges administratifs en vertu d'un principe constitutionnel, il est plus facile désormais de transférer certains autres contentieux aux juges judiciaires, s'il apparaît qu'ils sont mieux placés pour les trancher. Le mouvement a d'ailleurs déjà commencé.

La deuxième remarque concernera la création d'une action en déclaration de droit souhaitée par un certain nombre d'auteurs, et, notamment, par M. Jean Marie WOEHLING ¹⁴. Il avait souhaité que cette possibilité fût inscrite dans le décret d'application, mais ce vœu n'a pas été entendu. Tout est en place pour que l'évolution soit réalisée par voie jurisprudentielle.

¹⁴. V. Son étude précitée, p.21.

UN NUEVO JUEZ ADMINISTRATIVO

TRADUCCION:

Miryam Negrette de Mendoza

Intérprete Público en Idioma Francés GO 30.922 del 16/2/76

Abogado U.C.A.B. 1977

Estudioa de DEA, Univeraidad de Paris II. 1978-81

Notas:

*** Las Mayúsculas y Minúsculas reproducen las del texto original.**

***Las palabras encerradas entre [] no son del texto original, son aclaratorias para el lector venezolano.**



UN NUEVO JUEZ ADMINISTRATIVO

**Por
el Profesor Roland Drago
Miembro del Instituto**

El último decenio del siglo XX habrá visto, para el Juez Administrativo francés, una transformación tan completa que pronto podría resultar irreconocible. Su fundamento histórico y su evolución desde hace cerca de dos siglos le habían permitido elaborar una jurisprudencia original que lo ha llevado a poner en evidencia con eficacia los vicios del sistema administrativo. Por esta razón, el papel del Consejo de Estado, especialmente bajo la Tercera República, ha permitido a Francia aumentar la extensión y los mecanismos del control como, para la época, ningún otro país habría sabido hacerlo. Pero ocurre hoy, como suele suceder a los precursores, que se ve aventajado por sus imitadores. Se puede incluso decir que en ciertas áreas, como la de la responsabilidad de la administración, la admiración que se le tenía opacaba los avances realizados desde principios de siglo por el derecho alemán o incluso por el *common law* del Reino Unido y de los Estados Unidos.

La causa inmediata del cambio es evidentemente la situación inestable de Francia dentro de la Unión europea. Ser el único en su especie (a pesar de los parecidos entre el juez administrativo francés y el juez administrativo de algunos Estados de la Unión) es una posición incómoda. Posición tanto más incómoda cuanto que el derecho comunitario ignora la dualidad de jurisdicciones. A esta razón principal se han agregado causas más antiguas y más constantes, las cuales, después de haber constituido la fuerza del juez administrativo, corrian el riesgo de convertirse en su debilidad: su integración demasiado acentuada en el sistema ejecutivo, un procedimiento a menudo desigualitario, la posición dominante del Consejo de Estado a pesar de la reforma de 1953. A esto se agregan finalmente motivos permanentes, relativos a la lentitud de los procesos y a las dificultades de ejecución de las decisiones.

Por otra parte, añadiremos que el desfase podía también resultar de la noción de "proceso equitativo" establecido en el artículo 6-1 de la Convención europea de los derechos del hombre.

Esta exigencia ya ha ocasionado la condenación de Francia en la Corte de Estrasburgo, debido a la lentitud de los procesos. Incluso ha sido condenada porque el juez administrativo no disponía, según la Corte, de "plena jurisdicción".¹

La transformación fue realizada entre 1987 y 1995. Y todavía no ha terminado. La mayoría de las modificaciones resultan de disposiciones legislativas, lo que prueba que ellas inciden sobre la esencia de las jurisdicciones. Ellas se escalonan desde la Ley del 31 de diciembre de 1987 que reforma el contencioso administrativo, a la Ley programa del 6 de enero de 1995, relativa a la Justicia, y a la ley del 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de las disposiciones y al procedimiento civil, penal y administrativo (Título IV, art. 62 al 82).²

Estas modificaciones hacen aparecer un nuevo sistema jurisdiccional (D). Implican una extensión y una banalización de los procedimientos sumarios

-
- 1.- La expresión debe ser interpretada en su acepción propia a la Corte europea de los derechos del hombre, de acuerdo a la cual el juez debe poder pronunciarse sobre todos los elementos del litigio. Por tanto, el demandante no dispuso de un tribunal independiente y dispusiera de "plena jurisdicción" si el Consejo de Estado sobreesayó su decisión en relación a una convención internacional hasta contar con la correspondiente interpretación del ministro de Relaciones exteriores (C.E.D.H., 24 de noviembre de 1994. BEAUMARTIN *c/* France, D. 1995, I.R, 27; D. 1995, J. pp. 275-276, note X. PRETOT).
 - 2.- La literatura relativa a las reformas que han tenido lugar desde 1987 es muy abundante así como la concerniente a las de 1995. V. R. CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 5ta. ed. Montchestien, 1995- Ver igualmente Laurencie FOLLIOT, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif* Prefacio R. DRAGO, colección *Travaux et recherches de l'Université Panthéon - Assas, Paris II, I.G.D.I., 1995.*

Las reformas de 1995 retoman ciertas propuestas del Informe HAENEL - ARTHUIS. Documentos parlamentarios, Senado, 11 de junio de 1992, N° 400.



(II). Finalmente ellas acarrearán una extensión de los poderes del juez por el procedimiento de exhortación y de sustitución (III)

I. UN NUEVO SISTEMA JURISDICCIONAL

El Consejo de Estado ya no es juez de derecho común desde 1953 (aunque la fórmula todavía figure en el artículo 32 de la ordenanza del 31 de julio de 1945...). Aunque desde ese entonces haya sido principalmente juez de apelación -y juez de apelación única-, su competencia en primera y última instancia era importante e incluso ha aumentado desde 1953. En este aspecto, permanece igual, a pesar de las reformas. Pero esto no parece anormal, en razón de la naturaleza de los litigios que se ventilan directamente ante el Consejo de Estado. Pero ¿no ocurre lo mismo en el caso de la Corte de apelación de París, que pasa a ser jurisdicción de competencia nacional para conocer de los recursos contra las decisiones del Consejo de la competencia [el equivalente vendría a ser en Venezuela la Superintendencia para Promover y Proteger la Libre Competencia] y de otras autoridades de competencia similar?

Apartando esta excepción, el sistema vigente desde 1987 es un sistema jurisdiccional de dos grados, con sus treinta y cuatro tribunales y sus cinco cortes administrativas de apelación. Los Presidentes de estas cortes son consejeros de Estado. Este tipo de "justicia delegada" no es muy aconsejable. No cabría imaginar que los primeros presidentes de cortes de apelación fuesen consejeros en la Corte de casación, incluso si desde el punto de vista del escalafón el grado es prácticamente equivalente.

Por otra parte, esta jerarquía jurisdiccional va a ser completada y reforzada. La ley programa del 6 de enero de 1995 (Informe anexo IV) prevé, para un período de cinco años que ella misma establece, la creación de dos nuevos tribunales administrativos en Ile - de - France y dos cortes administrativas de apelación "para permitir un nuevo equilibrio de las competencias geográficas de estas cortes". Esto era esperado desde la adopción de la ley de 1987.

Paralelamente, la competencia de apelación de las cortes ha sido aumentada progresivamente a partir del principio formulado en el artículo

1° de la ley del 31 de diciembre de 1987. En aplicación del aparte 2 de dicho texto, el decreto del 17 de marzo de 1992 ha previsto este aumento progresivo con vencimientos al 1° de septiembre de 1992, al 1° de enero de 1994 y al 1° de octubre de 1995. Finalmente, el artículo 75 de la ley del 8 de febrero de 1995, que modifica el artículo 1° de la ley de 1987, permitió la apelación en contra de las sentencias que deciden en relación a los recursos por exceso de poder ejercidos contra los actos reglamentarios.

Ahora, la integridad del contencioso administrativo, a excepción del contencioso electoral (entendido en sentido estricto), compete en apelación a las cortes administrativas. Esta es la única materia, junto con la excepción de ilegalidad, sobre la cual el Consejo de Estado continúa siendo juez de apelación. Uno puede preguntarse desde ya si esta competencia no será algún día transferida.

Así, el Consejo de Estado es y será esencialmente un juez de casación. Esto es al mismo tiempo una confirmación y una revolución. Es una confirmación, porque ya era juez de casación de un gran número de jurisdicciones administrativas especializadas y, desde la reforma de 1987, de las cortes administrativas de apelación, por lo que respecta a su competencia, en ese entonces limitada.

Pero es una revolución por varios motivos. Primero, por la razón arriba indicada. El Consejo de Estado ya no será más en el futuro sino un juez de casación, salvo las excepciones cada vez menos numerosas que han sido señaladas. Esta posición debió y deberá llevarlo a cambiar completamente de comportamiento pues integrará, de alguna manera, sus posiciones en tanto que juez de apelación único a las de juez de casación.³ Luego, porque la casación en materia administrativa está llena de ambigüedades cuando se trata del recurso por exceso de poder, tan dependiente del control de motivos del acto atacado. Finalmente, porque el artículo 11 de la Ley de 1987 establece un procedimiento previo de admisión al cual la Sección

3.- "Exagerando apenas, se escribía en 1984, podría decirse que, cuando es juez de casación, el Consejo de Estado tiene tendencia a comportarse como un juez de apelación que examina todos los elementos del proceso mientras que, en tanto que juez de apelación, se empeña sobre todo en mantener una unidad de doctrina, lo que es propio de un juez de casación". (J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3ra. edición, N° 1511).



del contencioso, por intermedio de su comisión de admisión, ya le otorga una importancia extrema.⁴

Este control de admisión coincide con el mecanismo establecido por el artículo 12 de la ley de 1987, que permite a un tribunal o a una corte de apelación transmitir al Consejo un asunto "que plantee un problema nuevo de derecho que presente una seria dificultad en numerosos litigios". Las "opiniones" así pronunciadas se redactan como los fallos y emanan de las diversas formaciones de juicio [Salas jurisdiccionales o contenciosas de dicho Consejo]. Se estimaba, hasta esta reforma, que no había acción interrogatoria [recurso de interpretación] en derecho francés (ello se había pensado en relación con el tribunal de conflictos). Inútil es decir que esta "opiniones" tienen y tendrán el alcance que ha querido dárseles, es decir que ellas se impondrán de hecho a las jurisdicciones, que ellas podrán poner término al desarrollo de "series" e impedir las actuaciones dilatorias.⁵

El Consejo de Estado, inspirador de los artículos 11 y 12 de la ley de 1987, quiso poner coto a las transferencias de competencia así como a los poderes de los jueces. Pero, en lo que concierne al artículo 12, éstos conservan en su totalidad su facultad de iniciativa y no sería aconsejable, aun por motivos estadísticos, que hicieran demasiado uso del texto.

Lo que sucede es que ha nacido una verdadera jurisdicción administrativa, la cual debe estar, así como lo está la jurisdicción judicial, alimentada por las iniciativas jurisprudenciales que emanan de los jueces de primera instancia y por las de los jueces de apelación. Incluso si el número de tribunales es necesariamente diferente, las dos jurisdicciones son ahora completamente paralelas. Y, ante tal paralelismo, resulta sorprendente ese importante poder consultivo institucional que conserva el Consejo de Estado.

-
- 4.- Es sabido, contra toda previsión, que un procedimiento idéntico no pudo ser establecido ante la Corte de Casación, en donde se utilizan procedimientos internos poco eficaces.
 - 5.- Contrariamente a lo que se produjo en relación al control de admisión, este procedimiento fue instituido ante la Corte de Casación por la ley del 15 de mayo de 1991.

Mientras más usual sea que una alta jurisdicción pueda ser ampliamente consultada por los poderes públicos, más cuestionable será que las formaciones administrativas del Consejo de Estado estén asociadas al ejercicio del poder reglamentario de las autoridades gubernamentales.⁶

Estas reformas suponen un aumento importante de los recursos a la disposición de los tribunales administrativos. Es el primer objetivo de la ley programa del 6 de enero de 1995 que prevé autorizaciones de programa de 200.000.000 de francos (art. 3), así como la creación de 180 empleos de magistrados y 200 de funcionarios (art. 4). En cuanto a la ley del 8 de febrero de 1995 (art. 80 y 81), ésta prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1999, por medio de derogaciones, el sistema de reclutamiento complementario.⁷

Con el mismo propósito y por el mismo periodo, la ley (art. 79) decidió que los profesores y conferencistas [aluden al escalafón universitario] de las universidades (se supone que se trata de disciplinas jurídicas) podrían ser destacados en el cuerpo de los miembros de los tribunales administrativos y de las cortes administrativas de apelación. ¿Pero por qué no haber también previsto esta misma figura para el cuerpo de los miembros del Consejo de Estado?

II. GENERALIZACION Y EXTENSION DE LOS PROCEDIMIENTOS SUMARIOS

El defecto mayor de las jurisdicciones administrativas, esto es bien sabido, es su lentitud. Esta es, por lo demás, el precio del éxito de dichas jurisdicciones. Sin embargo, es justo admitir que se han hecho grandes esfuerzos desde hace varios años para *abreviar, a través de medios técnicos,*

- 6.- Que en relación a los decretos en Consejo de Estado, éste decide ejercer su competencia "conjuntamente con el gobierno". (C.E., 9 de junio de 1978, SCI del 61-67 boulevard ARAGO, *J.C.P.*, 1979. II N° 19032, concl. GENEVOIS).
- 7.- Prolongado por un período tan largo, el reclutamiento complementario tiene necesariamente por efecto la desvalorización del reclutamiento estatutario garantizado por la ENA y el reclutamiento exterior. Pareciera más oportuno crear un concurso normal de acceso a un cuerpo de consejeros adjuntos como el que existe, por ejemplo, para los Secretarios de Relaciones exteriores.



los plazos de las sentencias. Pero el mal permanece. El procedimiento radical para reducir esta lentitud sería decidir que los recursos por exceso de poder contra los actos individuales tengan un efecto suspensivo. Esta reforma debería, por supuesto, incluir excepciones correspondientes a la naturaleza de tal o cual acto y estar combinada con multas importantes por recursos abusivos.

Pero existe un temor acerca de lo que podría provocar una reforma tan revolucionaria, hasta ahora no se ha hecho, principalmente en estos últimos años, mas que establecer medidas oblicuas y complejas que desemboquen en el mismo resultado, sin que por tanto el carácter no suspensivo de los recursos ante las jurisdicciones administrativas hayan sido cuestionados. Estos procedimientos, cuya condición de urgencia ha desaparecido con frecuencia, se tornan parasitarios de los procesos y son generadores de costas y de tiempo perdido tanto para los jueces como para los que recurren a la justicia.

Las reformas que han tenido lugar en esta materia se remontan a los años 80. No tenemos la intención de examinarlas en detalle, pues ya han sido objeto de aplicaciones jurisprudenciales y de numerosos comentarios doctrinarios. Lo importante es destacar que una síntesis de estas medidas fue realizada por el título IV de la ley del 8 de febrero de 1995 y por sus decretos de aplicación (Decretos N° 95-830 y 95-831 del 3 de julio de 1995, este último modifica el código de los tribunales administrativos y de las cortes administrativas de apelación).⁸

Sin perjuicio de lo que diremos después sobre los nuevos poderes de exhortación y de sustitución del juez, abordaremos tres cuestiones: la institución de un juez único, la extensión de la suspensión de ejecución y los diversos procedimientos sumarios.

1. La institución de un juez único.

El nuevo sistema jurisdiccional establece, desde 1995, otra particularidad a la que nos referiremos en esta segunda parte (art. L. 4-1 nuevo y art. R.

8.- Ver sobre estos puntos a Christian HUGLO y a Corinne LEFAGE, "¿el Título IV de la ley N° 95-125 del 8 de febrero de 1995 relativo a la jurisdicción administrativa contiene disposiciones revolucionarias?" *LPA*, 17 de marzo de 1995, Pág. 9 y sig.

17, R. 17-1. R.17-2. R. 17-3, R. 191, R. 196, R. 200, R. 201 y R. 204 nuevos del C.T.A. Y C.A.A). Se trata de la institución del juez único en los tribunales administrativos, para las diez categorías de causas mencionadas en el artículo L. 4-1 nuevo.⁹

La institución de este juez único no es una facultad otorgada a las jurisdicciones. En las materias que aparecen en el artículo L. 4-1 el juez único, figura que es puesta en funcionamiento a partir del 1 de septiembre de 1995 (art. 15 del decreto N° 95-831 del 3 de julio de 1995), es una formación obligatoria del tribunal. Con excepción de esta particularidad mayor, el procedimiento se desarrolla ante él como ante las demás formaciones [salas].

El juez, sin embargo, puede decidir someter el litigio a una formación colegial. La decisión puede también ser tomada por el presidente del tribunal (art. R. 191 nuevo).

- 9.- "Artículo L.4-1: Por derogación a las disposiciones del artículo L. 4, el presidente del tribunal administrativo o el magistrado que éste nombre a los mismos fines el cual ha de poseer por lo menos el grado de consejero de primera clase, falla en audiencia pública y luego de haber oído audición del comisario del gobierno:
- 1° Sobre los litigios relativos a los trabajos exentos de permiso de construcción;
 - 2° Sobre los litigios relativos a la situación individual de los agentes públicos, con excepción de los concernientes al ingreso al servicio, la disciplina y la salida del servicio;
 - 3° Sobre los litigios en materia de pensiones, de subsidio personalizado de vivienda, de comunicación de documentos administrativos, de servicio nacional;
 - 4° Sobre los litigios relativos a impuestos audiovisuales;
 - 5° Sobre los recursos relativos a las contribuciones sindicales y a los impuestos locales que no sean el impuesto profesional;
 - 6° Sobre la responsabilidad del Estado por negación a una solicitud de concurso de la fuerza pública para ejecutar una decisión judicial;
 - 7° Sobre las acciones tendientes a poner en juego la responsabilidad de una colectividad pública cuando el monto de las indemnizaciones solicitadas es inferior a un monto determinado por decreto en Consejo de Estado;
 - 8° Sobre las demandas que impugnan las decisiones tomadas en materia fiscal relativas a las peticiones de rebaja o condenación gratuitas;
 - 9° Sobre los litigios relativos a las construcciones que amenacen ruina;
 - 10° Sobre los litigios relativos a las infracciones de las grandes redes de comunicación vial".
- El valor mínimo del monto previsto en el N° 7 fue fijado en 50.000 francos por decreto n° 95-831 del 3 de julio de 1995 (art 17-1 y 17-2 nuevos del Código de T.A. y C.A.A.)



La institución del juez único no es un resurgimiento del consejero delegado, suprimido en 1990. Ella forma parte de las medidas destinadas a acelerar la justicia administrativa creando una formación que se pronunciará sobre litigios simples o repetitivos. Este juez -o estos jueces, pues sin duda podrían haber varios jueces únicos por tribunal- tendrá por lo tanto un trabajo importante, ya que le tocará redactar todas las sentencias, salvo para los asuntos repetitivos (por ejemplo "negación de oposición"), en las cuales puede contar con la informática.

El abandono de la colegiatura es una nueva muestra del acercamiento entre las jurisdicciones administrativas y las judiciales pues, en los tribunales de alzada, el juez único existe, en ciertas materias, desde la ley del 10 de julio de 1970.

2. La extensión de la suspensión de la ejecución.

Mientras que el Consejo de Estado ha siempre adoptado una actitud restrictiva en relación a las peticiones de suspensión de ejecución [suspensión de efectos], ciertos tribunales administrativos han hecho amplio uso del procedimiento en referencias. Esta actitud ha sido ratificada por el artículo 65 de la ley del 8 de febrero de 1995 la cual restablece un artículo L. 10 del código de T.A. y C.A.A. De ahora en adelante, a condición de que sea solicitado y de que sea justificado por las dos condiciones tradicionales de atribución, la suspensión podrá ser decidida, *por un período de tres meses*, por medio de una providencia del presidente del tribunal o del presidente de la formación de sentencia (lo que excluye, en ese caso, la competencia del Juez único). La reforma está evidentemente orientada a acelerar indirectamente el juicio de fondo.

Citaremos también la extensión de procedimiento de suspensión de extrema urgencia instituida, con motivo de las atribuciones de los prefectos por la ley del 2 de marzo de 1982 (artículos 66 y 70). Finalmente, la ley (artículo 67) confirma el poder de suspensión automática de las decisiones en materia de urbanismo y sin exigencia de los requisitos tradicionales precisados.

En combinación con la legislación pre-existente que conoce, además de la suspensión de derecho común, numerosos regímenes particulares, el sistema es de una gran complejidad.¹⁰

Hubiese sido deseable más claridad y sobre todo un llamado a los principios generales. Estos procedimientos disparatados no hacen más que disimular, esto ya se ha destacado, el anhelo de los redactores de no consagrar francamente el carácter, suspensivo del recurso, por lo menos en ciertas materias.

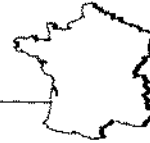
3. Los procedimientos de urgencia o sumarios

El procedimiento sumario de urgencia ante los jueces administrativos ha permitido obtener del juez ya sea medidas de instrucción, ya sea medidas provisionales y conservatorias. Estas últimas, sin embargo, eran decretadas muy rara vez, pero un empuje de la jurisprudencia de los tribunales administrativos a partir de los años 60 ha contribuido a darles un lugar preponderante. En cuanto a la provisión sumaria, establecida por el decreto del 2 de septiembre de 1988 (art. R 129 del código de T.A. y C.A.A.) de acuerdo al modelo del artículo 849 N.C. Pr. Civ., ésta tiene hoy por hoy un régimen normal de crecimiento

Para el sumario destinado a promover medidas de instrucción y especialmente las experticias, el mismo decreto del 2 de septiembre de 1988 hizo desaparecer la condición de urgencia del artículo R.128.

Como en la situación precedente, señalaremos también el sumario que tiene como fin la suspensión de extrema urgencia establecida desde la ley del 2 de marzo de 1982, relativa a las atribuciones prefectorales y ampliada, tal y como lo vimos, en 1995. Finalmente hay que acercar los procedimientos que permitan desembocar a una solución de fondo de gran rapidez de parte de un juez único que no es exactamente un juez instructor. Es el caso de los recursos dirigidos en contra de medidas de envío a la frontera de los extranjeros (art. L. 28 nuevo del Código de T.A. y C.A.A., texto del artículo 72 de la ley del 8 de febrero de 1995).

10.- Ver el comentario de estas disposiciones en R. CHAPUS, *Op. Cit.*, N° 1148 a 1151.



A la poca claridad de los procedimientos sumarios se agrega el concerniente a la suspensión de ejecución. Además de la complejidad y del deseo de no tomar parte francamente en el alcance de los recursos, esta situación, en combinación con la creación del juez único; da un extraño sentimiento de confusión entre el juez del fondo de la causa y el juez de procedimientos sumarios. Las jurisdicciones judiciales tienen también actualmente problemas del mismo tipo.¹¹

La reforma hubiera necesitado a su DESCARTES o a su PORTALIS.

III. PODER DE EXHORTACION Y DE SUSTITUCION DEL JUEZ¹²

El principio de separación de la jurisdicción administrativa y de la administración activa ha prevalecido. Formulado por vía exclusivamente jurisprudencial, había, si así podemos expresarlo, una explicación psicoanalítica: se trataba para el Consejo de Estado de afirmar su función de juez pero, al mismo tiempo, sin comportarse como administrador. Ahora bien olvidaba que el poder de exhortación es lo propio de un juez. Pero esta posición paradójica permitía defenderse de una política de auto-limitación.

La evolución debió producirse a partir de los años 1963 y 1980, pero de manera tímida y reticente, en relación de la ejecución de las decisiones de las jurisdicciones administrativas, problema que era y puede serlo todavía el talón de Aquiles del juez administrativo. Sin embargo el derecho comunitario hizo estallar el principio en relación a los contratos públicos y al derecho de concurrencia.

11. Ver J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON y M.-A. FRISON - ROCHE, "El juez del sumario con respecto a los principios procedimentales", *D* 1995, Chron., 67.

12.- Ver al respecto: C. HUGLO y C. LEPAGE, loc. cit., p. 13 y sig.; J.-M. WOEHLING, "Los nuevos poderes de exhortación de un juez administrativo de acuerdo a la ley del 8 de febrero de 1995: propuestas para un modo de empleo", *LPA*, 24 de mayo de 1995, Pág. 18 y sig.; P. VALADOU, "El poder de mandato del juez a la administración", *LPA*, 29 de mayo de 1995, pág. 4 y sig.

1. Las exhortaciones y sustituciones concernientes a los contratos públicos y el derecho de libre competencia.

Los artículos L. 22 y L. 23 del código de T.A. y C.A.A. (ley del 4 de enero de 1992 modificada) se conocen bien de nuestros días por lo que abarcaremos su examen a la luz de los nuevos poderes del juez administrativo. Dichos artículos se complementan con los artículos R. 241-21 a R. 241-24 que se refieren a los mercados enmarcados por el libro V del código de mercados públicos ("medidas publicitarias y de competencia aplicables a ciertos mercados de suministro de trabajo"), integrado dicho libro en el código a partir de 1989 (art. 378 a 399).

Todos estos textos han sido llevados a la práctica a través de las directivas comunitarias que intervienen a partir de 1989 y que conciernen a los mercados públicos de suministros, los mercados públicos de trabajos, los contratos concernientes a los "sectores excluidos" y, de manera indirecta, las concesiones de servicio público (en derecho francés equivalentes a "delegaciones de servicio público" en el sentido de los artículos 38 y siguientes de la ley del 29 de enero de 1993 sobre la prevención de la corrupción y la transferencia de la vida económica y de los procedimientos públicos). Tomaremos el ejemplo característico del artículo 22:

- 1° Los litigios conciernen las faltas a las obligaciones de publicidad y de competencia cometidas con ocasión del otorgamiento de mercados públicos o de convenciones de delegación de servicios públicos;
- 2° Están sometidos al presidente del tribunal de derecho administrativo o a su delegado (¿Es el juez único establecido por el artículo L.4-1 o el juez del sumario?) El juez que conoce del litigio estatuye en última instancia y su decisión sólo es susceptible del recurso de casación ante el Consejo de Estado (art. R. 241-24);
- 3° Los recursos emanan de todas las personas "que tienen interés en concluir el contrato y que son susceptibles de ser perjudicadas por (el) incumplimiento" y del prefecto si el contrato es resuelto por una colectividad territorial o un establecimiento público local;
- 4° El juez puede tener conocimiento antes de la resolución del contrato;



- 5° El puede ordenar al autor del incumplimiento a conformarse a sus obligaciones y suspender el otorgamiento del contrato o la ejecución de toda decisión que se relacione con este;
- 6° También puede anular las decisiones tomadas y suprimir las cláusulas o prescripciones contractuales destinadas a figurar en el contrato y que desconocen las obligaciones de los contratantes;
- 7° Salvo para los mercados del Estado, la acción puede ser presentada por el Estado (es decir por el ministro o el prefecto) cuando la Comisión de las comunidades le ha notificado las razones por las cuales ella estima que hubo violación de las reglas comunitarias o de las que conciernen el Espacio económico europeo;
- 8° El Juez debe pronunciarse en un plazo de veinte días después del conocimiento de la causa. El artículo R. 241-21 que fija dicho plazo impone igualmente un recurso previo ante la persona moral que tiene las obligaciones de publicidad y de competencia. Este recurso debe responderse en un plazo de diez días.

No hubiese sido nunca concebible que tales poderes fuesen conferidos algún día al juez administrativo. Esta revolución gana en intensidad sobre todas las medidas precedentemente examinadas.

En los demás Estados de la Unión, los contratos en referencias son competencia del juez judicial y, para este juez, los poderes que le han otorgado en aplicación de las directrices no tienen nada de anormal. En Francia, estos contratos son de la competencia del juez administrativo y es por ello que el alcance teórico de la reforma tiene tanta importancia con consecuencias inducidas insospechables.¹³

2. Los poderes de las jurisdicciones administrativas para asegurar la ejecución de sus decisiones.

Hemos recordado los efectos muy relativos de la ley del 16 de julio de 1980, que permite al Consejo de Estado de ordenar bajo obligatoriedad la

13.- La ley del 4 de enero de 1992 ha previsto también la modificación de los textos de procedimiento civil para los contratos públicos los cuales serian competencia del juez judicial. V.L. CADIET, "Los mercados públicos ante el juez civil", R.F.D.A., 1993, pág 184.

ejecución de la sentencia dictada por una jurisdicción administrativa. La ley prevé igualmente que el beneficiario de una condena pecuniaria de una persona pública pueda, luego de un plazo de cuatro meses, obtener el pago directo a través del contador público. Fueron necesarios ocho años de espera (decreto del 11 de abril de 1988) para que el decreto de aplicación (cuya necesidad no era evidente) fuese publicado.

La ley del 8 de febrero de 1995 nos hace salir de ese período lleno de incomodidad y de contradicciones. Se trata de reformas realizadas por los artículos 62, 76 y 77 y por los Decretos del 3 de julio de 1995.

El artículo 62 concierne las cortes administrativas de apelación y los tribunales administrativos (art. L.8-2 a L.8-4 del código de T.A. y C.A.A.). Los poderes de estas jurisdicciones se sitúan en tres niveles:

- 1.- Si la sentencia o providencia dictada implica, de parte de una persona de derecho público, "una medida de ejecución en un sentido determinado", la decisión ordena esta medida conjuntamente con un plazo de ejecución, por si llegase el caso;
- 2.- La decisión obliga a que la administración (o el organismo privado) tome una decisión luego de una nueva instrucción, la jurisdicción prescribe que esta nueva decisión debe tener lugar en un plazo determinado.

En ambos casos, la "intimación" puede ser combinada con una indemnización o multa.

- 3.- En caso de inexecución de una decisión, la parte interesada puede solicitar al tribunal o a la corte el asegurar la ejecución. Si dicha decisión no ha definido las medidas de ejecución, la jurisdicción que conoce del caso procede a esta definición. Una indemnización o multa puede además ser pronunciada.

Poderes idénticos son por suficiente conferidos al Consejo de Estado (art. 76 y 77 de la ley de 1995; art. 2 y 6-1 nuevas de la ley del 16 de julio de 1980).



En lo concerniente a los tribunales y a las cortes, los artículos R.222 a R.222-5 (decreto N° 95-831 del 3 de julio de 1995, art. 12) simplifican ciertas reglas de procedimiento y precisan los plazos de intervención de las medidas obligatorias y el pronunciamiento de las indemnizaciones o multas. Ciertas decisiones pueden ser tomadas a través de providencia del presidente de la jurisdicción (art. R. 222-3, último aparte).

Todas estas reformas hacen aparecer un nuevo y último trastorno: el reconocimiento del poder de exhortación conferido a las jurisdicciones administrativas y medios aparentemente eficaces para hacer ejecutar rápidamente sus decisiones. El porvenir dirá si los jueces saben hacer un uso judicioso de estos medios, los cuales, una vez más los acercan a los jueces de la jurisdicción judicial, sobre todo si se piensa en las reformas realizadas por la Ley del 9 de julio de 1991 que reforma los procedimientos civiles de ejecución.

No hemos querido hacer un comentario demasiado técnico de las medidas tan numerosas y diversas que acaban de ser presentadas sino más bien situarnos en el periodo medio para mostrar que el juez administrativo acaba de cambiar verdaderamente de naturaleza. La mayoría de los principios en los cuales encontraba su fundamento han desaparecido y la jurisdicción administrativa se hace una jurisdicción "como las otras".

Terminaremos con dos observaciones:

La primera trata de los efectos de la célebre decisión del Consejo constitucional del 23 de enero de 1987 relativa al Consejo de la competencia. A partir del momento en que sólo el contencioso de anulación o de la reforma de los actos administrativos compete a los jueces administrativos en virtud de un principio constitucional, es más fácil ahora transferir ciertos contenciosos a los jueces de la jurisdicción judicial, en el caso de que estén en mejor posición para decidirlos. El movimiento ya ha empezado.

La segunda observación concierne la creación de una acción declarativa de derecho deseado por un cierto número de autores, y, en particular, por el señor M. Jean-Marie Woehrling.¹⁴

14.- Ver su estudio precitado, pág. 21.

El ha querido que esta posibilidad fuese inserta en el decreto de aplicación, pero ese deseo nunca fue escuchado. Todo está en su lugar para que la evolución se realice por vía jurisdiccional.

UN NUEVO JUEZ ADMINISTRATIVO



UN NUEVO JUEZ ADMINISTRATIVO

Por Cecilia Sosa Gómez
Profesora de Derecho Administrativo de las
Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello.

Las premisas de la exposición del Profesor ROLAND DRAGO, son principalmente dos:

1. Destacar la evolución del juez contencioso administrativo francés actual, cuando ha señalado que no obstante haberse producido una jurisprudencia que logro captar de manera eficaz los vicios del sistema administrativo, adecuando un mecanismo de control que diera respuesta a los mismos, reconoce que bajo esa inspiración en sistema como el correspondiente al derecho alemán o a del common law del Reino Unido y de los Estados Unidos, se desarrollo un proceso marcado por significativos avances que lo superaban.

2. Las causas que a su juicio marcaron el cambio se las atribuye a:

- La Unión Europea, por cuanto el derecho comunitario ignora la dualidad de jurisdicciones (el juez francés y el administrativo de algunos Estados de la Unión);

- Otras Causas más antiguas que después de haber sido la fuerza del juez administrativo, pasaron a convertirse en su debilidad, citando entre ellas-

Su integración al Poder Ejecutivo,
Un procedimiento la mas de las veces desigual,
la posición dominante del Consejo de Estado no obstante la reforma

- Las causas permanentes como son:
Las que atañen a la lentitud del proceso, y
a la dificultad en la ejecución de las decisiones.

La enunciación de las premisas anteriores permiten delimitar la secuencia conceptual de las reflexiones que les expondré, intentando a partir de

las mismas, estructurar un análisis comparativo con lo que a mi juicio representa el Juez administrativo venezolano.

El derecho administrativo venezolano y el desarrollo conceptual y normativo del mismo, se encuentra sustentado en la tradición de las decisiones dictadas inicialmente por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, desde comienzos de este siglo. De tal manera que nuestro derecho administrativo ha encontrado la esencia misma de su eficacia, en los aportes que a sabido distinguir en el substrato doctrinario de la jurisprudencia, y ello incluso ha permitido, que ese proceso analítico inherente a la función jurisdiccional orientara la función legislativa.

Es propicia la ocasión, atendiendo además al contexto académico en el que se celebran estas jornadas en honor al Profesor Allan Brewer-Carias, para mencionar un hecho que no viene mas que reafirmar lo antes expresado, cual es, que la primera publicación del homenajeado sus tesis de grado, «Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo Venezolano» fue estructurado y desarrollado sistematizando los aportes jurisprudenciales que hasta ese momento se habían producido; ordenándolos atendiendo al esquema de la obra.

En lo concerniente al ordenamiento positivo venezolano, cabe destacar cómo en el mismo articulado de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (vigente a partir del 1° de enero de 1977), se consagran instituciones y procedimientos cuya data procedió a la vigencia misma de la Ley, y ello por cuanto esta no hizo otra cosa que contemplar como norma legal, el resultado de elaboraciones efectuadas por el mismo Alto Tribunal cuando daba respuestas a las pretensiones que le eran formuladas.

Es el caso del artículo 136 de la Ley, el cual regula los requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo, medida cautelar «clásica», que constituye un precedente fundamental en la eficacia misma de otra institución como es el amparo, que se ejerce conjuntamente con el recurso de nulidad sea para actos de efectos particulares o generales.

Mención aparte merece destacar, que la norma constitucional que consagra la creación de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 206 de la Constitución), reconoció la existencia de la misma, mas no la



creó, es decir la jurisdicción contencioso administrativa como tal, no obstante lo incómodo que pareciera ser afirmarlo, precedió a la vigencia misma del texto de la Ley Fundamental, y en consecuencia debemos entender la expresión «Se crea», como el reconocimiento constitucional de su existencia.

La riqueza de la producción conceptual de nuestro Juez administrativo, creo que en gran parte radica en que supo visualizar la trascendencia, el valor y la esencia de los avances que en materia de jurisdicción administrativa se produjeron en Francia para adaptarlo -con adecuado tino- al desarrollo que en nuestras instituciones se producía de manera simultánea, logrando de tal modo una adecuación novedosa en lo que respecta a las respuestas que ese Juez podía dar a las pretensiones que le eran formuladas y eficiente en tanto y en cuanto tales respuestas resultaban una efectiva solución a la pretensión planteada.

A partir de 1961 la jurisdicción contenciosa administrativa en nuestro país se vio estimulada por la solidez y la claridad de cada una de las potestades que le eran asignadas en el texto del artículo 206 de la Ley Fundamental, y ello comporta para el desarrollo jurisprudencias que esa jurisdicción elaboró un elemento de primordial importancia, sin cuya existencia tal desarrollo hubiera estado carente de fundamento. Esta norma ubicada en las Disposiciones Generales del Poder Judicial es más que una norma atributivo de competencias, constituye un derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la administración, pero que consagró las potestades del Juez contencioso: anulación de actos administrativos, condena por responsabilidad (sumas de dinero y reparación de daños y perjuicios), y el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa.

Dieciséis años después, la reforma de la Ley Orgánica de la Corte Federal y la de Casación, resolvió desarrollar la organización de la jurisdicción contenciosa administrativa que nos rige, atendiendo a la expresión literal del artículo 206 antes citado, y consagró los procesos que determinarán la tramitación de las distintas pretensiones que en esa jurisdicción podían ser interpuestas.

Al analizar el aspecto organizativo que realiza la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, podemos distinguir los siguientes hechos:

1. Creó un órgano jurisdiccional (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).
2. Consagró normas atinentes al procedimiento como tal; y
3. Anunció la promulgación de una Ley que tendría por objeto, organizar la jurisdicción contenciosa administrativa y que mientras la misma se dictare asignó competencias al órgano jurisdiccional creado, como lo es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Tribunal Nacional, cuyos Magistrados son designados por la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa), y a los tribunales superiores que ejercieran competencia en lo civil en las circunscripciones judiciales regionales que se establecieron.

De los hechos destacados se observa que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -que es creación del propio órgano judicial-, reservó la conformación del único órgano de jurisdicción contenciosa creado en ese texto a la Sala Político Administrativa, de lo que pareciera desprenderse que a ella se le reconoció un rol ductor en la orientación del desarrollo de la jurisdicción contenciosa administrativa cuando, consagró que debería ser organizada mediante Ley, lo que de alguna manera presupone que la mora, en cuanto al promulgación de ésta, pudiera entenderse en términos meramente cronológicos pero al revisar las bases de esa jurisdicción contempla en dicho texto legal, se observa que la necesidad de la promulgación de aquella Ley, solo podía plantearse al evaluar en un periodo prudencial, el rendimiento mismo del sistema organizativo recién creado y por ello, sólo la revisión sistemática del ejercicio de la función jurisdiccional asignada a tales órganos, permitía plantear la discusión atinente a la procedencia misma de la promulgación de la Ley que organice la jurisdicción Contencioso Administrativa.

II.

A diferencia de lo que sucede en Francia, el control de la actuación de la Administración está encomendado a los tribunales integrantes del Poder Judicial, por lo que no existen en principio, los problemas de dependencia al Ejecutivo. Aceptar en nuestro país el carácter subjetivo, interpartes del juicio contencioso administrativo, tampoco tiene mayores inconvenientes



por cuanto no hay limitación en cuanto a la posibilidad de «juzgar a la administración»; no obstante de que el procedimiento de ley está concebido de manera bastante objetiva; la jurisprudencia inclusive ha establecido que la Administración autora del acto no puede asumir que la decisión del juez anulatoria o suspensiva no le sea inherente, por cuanto no podría dictar un nuevo acto, y de hacerlo, por decisión del juez quedaría ratificada la sentencia emanada contra el acto original y sin eficacia y validez el acto reeditado. (sentencia del 16-11-89, SPA, caso Parque Nacional Mochima).

En caso de ejecución de sentencia, el Juez cuenta con amplias potestades para ejecutar su fallo, especialmente los de condena, llegando inclusive a sustituirse a la Administración en caso de incumplimiento. Entendiendo el Juez que no se puede afectar el normal ejercicio de las funciones públicas, ha buscado herramientas para ejecutarlo.

III.

El principio en base al cual funciona el juicio o proceso del recurso contencioso administrativo, es examinar las pretensiones que deduzca el accionante en razón de un acto administrativo.

Consecuentemente, por ello se articula técnicamente el proceso contencioso administrativo sobre las mismas bases que el proceso civil ordinario, del que se separa por su condición de proceso impugnatorio resultante de la exigencia de un acto previo, que constituye el punto de referencia sobre el que giran las pretensiones de las partes.

Por eso García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostiene que esta Jurisdicción no es mas que la especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento.

La ley se limita a recoger las especialidades que unos y otros ofrecen, remitiéndose en las demás leyes orgánicas y procesales comunes.

Ahora bien, no es del proceso contencioso administrativo que hablaremos, sino del Juez Administrativo.

De acuerdo al análisis del artículo 206 de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 131), donde se establecieron los poderes del juez administrativo a la luz de los recursos que caracterizan esta jurisdicción, (contenciosa, plena jurisdicción y anulación alegando subsidiariamente pago de daños y perjuicios).

CARACTERISTICAS DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

Su independencia

La cuestión de la independencia, fuera de cuya base ninguno puede llamarse Juez, es un término con una relación más fuerte que inclusive la legalidad.

Si la independencia de un Juez no es sino un medio, la esencia misma de la justicia es su independencia.

En todo caso, el Juez administrativo visto que se encuentra ante una actuación de la administración que se expresa en un acto administrativo, tiene que estar consciente de que su independencia como Juez tiene variados componentes, entre ellos, que la independencia no se afirma expresándole, sino teniendo desconfianza de sus perjuicios, de sus rechazos, de sus solidaridades, inclusive de su «cultura», de su medio social, de su imagen, de su propio poder, de su vanidad... por eso se dice que el Juez que sigue sus pasiones (inclusive académicas), el que sirve a su fe política, el Juez que fabrica y contempla su reputación, el que se coloca por encima del derecho... que subestima la Ley, su equidad, no es independiente.

Es pues, la independencia lo que le da al Juez su legitimidad, el derecho de decir el Derecho, de llevar definitivamente el juzgamiento sobre el comportamiento de otros ciudadanos o de la administración, ese no nos es reconocido como don sagrado ni por ser mejores ni mas sabios que los demás: sino porque se nos ha confiado y es carga de nosotros usarlo (al derecho), para los fines que se nos ha entregado tal mandato.

La independencia es pues, el medio de responder a esa misión. Para el Juez contencioso además de valorar la actuación de la Administración,



sin considerar que la misma (la Administración) siempre actúa arbitrariamente, ni que jamás se equivoca; es controlar a la Administración para que su actuar se ajuste a la Ley.

El Juez Administrativo, Juez contencioso tiene por misión buscar el equilibrio ideal entre la libertad de los administrados y las necesidades de orden público, en el sentido mas amplio del término. Es lo cierto, que no hay en este punto una balanza exacta, y cada caso deberá apreciarse.

De allí que el Juez Contencioso administrativo por su formación y desarrollo de su carrera, tiene que ser «connaisseur» del mundo que él juzga.

El Juez contencioso sirve a dos sociedades que se oponen, la sociedad civil, que él conoce como miembro de ella, y la sociedad administrativa, sociedad de poder, que no se deja descifrar espontáneamente.

Es pues una necesidad, que el Juez contencioso administrativo deba estar atento a ambas, entre las cuales arbitra, pues no se puede juzgar a una sociedad que no se conoce.

El procedimiento

La «clientela» para hablar en términos de mercado, es cautiva en el Contencioso-Administrativo, no tiene como escoger su productor, le es impuesto, por eso parece inútil preguntarle si está satisfecha del producto. Pero ello no puede llevarnos a pensar que el Juez está desinteresado de su papel en la colectividad y a preguntarse si responde a las exigencia reales de sus requirentes.

La garantía de un procedimiento (definida a nuestro efectos como el conjunto de reglas que regulan al acceso al juez y el comportamiento en el proceso).

Si la misión de un Juez es poner fin a tal litigio, el procedimiento es un garante de la imparcialidad, en la medida que él define objetivamente reglas precisas y rigurosas.

Nuestro procedimiento Contencioso-Administrativo, su base matriz está en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pero observamos que

la especialidad, como decíamos antes, exige y demuestra la falta de la Ley Orgánica de lo Contencioso-Administrativo, y se han ido estableciendo procedimientos especiales, como los de materia tributaria o agraria, además de la correspondientes a las materia de función pública e inquilinaria, que han complicado el procedimiento contencioso, haciéndolo aparecer como complejo y ello está impidiendo a los ciudadanos el acceso a la Justicia adecuadamente. Punto donde aparece la responsabilidad del abogado frente a su cliente y no precisamente la del Juez como a veces se quiere hacer presentar.

Debemos luchar por un procedimiento unificado, lo que permitiría una reflexión de conjunto sobre nuestro procedimiento, llamado contencioso ordinario, que tiene contradicciones.

Estilo de Juzgar

El mundo de los jueces, es también en el imaginario colectivo, personas que no hablan y sobre todo no escriben como los demás.

Aparte del vocabulario, preciso y especializado, a veces obscuro, deseo resaltar la expresión del juez por antonomasia: la sentencia, refiriéndome a ella particularmente en su extensión.

En el contencioso administrativo se dice y pregunta, por qué no resolver los asuntos en decisiones cortas y sin tantas consideraciones como lo hace en ocasiones el Consejo de Estado en Francia?

El Juez Contencioso-Administrativo debe buscar que la sentencia se baste así misma, pero sin dejar de razonar los considerandos que la sostienen y que permita la satisfacción de la respuesta de Juez, aun con la comprensible irritación de quien pueda haber perdido un proceso.

Juzgar, es como decir el derecho, en principio aplicar las normas en vigor en la sociedad a una situación particular objeto de un litigio, para decir a quién esas normas dan razón.

Entonces la historia del derecho administrativo, es la construcción permanente de ese derecho, y las normas; y esa construcción en las decisiones, son fabricación o interpretación de la norma?



Es normal que la actividad del Juez se explique la ley obscura, o mal redactada.

Pero es cierto que la jurisdicción contenciosa, tiene que respetar y aplicar la Ley y demás actos normativos, pero la ausencia de ellos, conduce a crearlos o hacer derecho, fabricación que debe hacerse con medida, sabiéndose adoptar con prudencia este poder normativo del Juez administrativo, y allí se concentra la semilla de la evolución jurisprudencias.

En el Contencioso-Administrativo se han venido operando cambios en materias, como:

- Reglas de admisibilidad de los recursos.
- La necesidad de un acto administrativo previo.
- La necesidad de agotar la vía administrativa.
- La necesidad de ejercer el recurso dentro de un lapso de tiempo. - La legitimación.
- La revisión del requerimiento del solve et repete.
- En los efectos que produce la interposición de los recursos.
- Poderes de oficio en la suspensión de efectos.
- El carácter cautelar de la acción de amparo ejercida conjuntamente con el recurso Contencioso-Administrativo.
- Suspensión expedita de los efectos del acto recurrido, - Cambios en el papel y situación de las partes en el proceso.

El juez contencioso administrativo no es un inspector general de la Administración, no es deseable que las jurisdicciones evolucionen en ese sentido.

Me parece fundamental que el Juez, que esta al servicio de las partes, respete su voluntad y no trate en el proceso sino aquello que se le es solicitado, salvo las cuestiones de orden público por imperativo legal.

A MANERA DE CONCLUSION

Resulta simplemente arriesgado con el marco normativo existente, afanar que en nuestro país la jurisdicción contencioso-administrativa no presenta problemas o que cumple a cabalidad su objetivo.

Son necesarios a mi juicio, ciertos cambios que consoliden los principios jurisprudenciales que abogan por la independencia, eficiencia y efectividad de los Jueces Administrativos en la protección de los derechos de los particulares, frente a las legalidades de la administración.

Estos cambios deben suceder especialmente en el ámbito normativo. Hace falta ya, una Ley que regule el Contencioso, que acoja en buena medida los principios jurisprudenciales y que se impongan por el carácter obligatorio que asumen a través de la norma, para todos los procesos de esta naturaleza.

Es cierto que una Ley sobre una materia tan cambiante, en constante evolución, pudiera ocasionar consecuencias negativas, encasillando la labor de la jurisprudencia y sirviendo de pared de contención para los cambios que tendrán que ocurrir con el devenir del tiempo. Pero, no pensar ahora en esa alternativa, significa en pocas palabras, aceptar disgregación de la jurisdicción contenciosa administrativa que irremediablemente se revertirá contra su objetivo principal: la Garantía de los ciudadanos frente a las actuaciones u omisiones de la Administración y de la función administrativa de los demás poderes públicos; equivale aceptar y fomentar un fenómeno que cada día se incrementa en nuestro país, y que de alguna manera produce indefensión e inseguridad: la existencia de procesos de naturaleza especiales, que se utilizan para diferentes situaciones concretas, cuyas características son todas variadas entre sí, con pocos elementos en común y que impiden debido a las particularidades de cada uno, una aplicación conforme a los principios de la jurisprudencia que el Tribunal Supremo emite, con la finalidad de compensar la falta de legislación sobre la materia.

Esta disgregación, este desmoronamiento del contencioso administrativo, donde lo general ha sido absorbido por lo especial, permite hacer un llamado a los que trabajamos esta especialidad del Derecho Administrativo: empezar a pensar en forma seria en lograr un consenso sobre la legislación general en esta materia, que permita que todos los esfuerzos generales u especializados que se han dado, confluyan en un proceso general y que las particularidades de cada juicio especial o particular, vuelvan a ser eso, particularidades de una regla general.

CECILIA SOSA GÓMEZ



Que estas Primeras Jornadas Internacionales con el nombre del Meritorio Jurista ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS, marquen el desideratum de esta tarea.

LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA



LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

**Por Nelson Socorro
Profesor de la Universidad Central de Venezuela,
Ex-Procurador General de la República**

I. INTRODUCCION

Agradezco a los organizadores de este singular evento en honor de quien considero el más importante jurista venezolano de este siglo el Dr. Allan Brewer-Carías, la invitación para que sea relator del tema "La Justicia Administrativa" cuya exposición correspondió al profesor Roland Drago con su ponencia UN NUEVO JUEZ ADMINISTRATIVO.

El tema de la Justicia Administrativa es quizá el más trascendente del Derecho Administrativo. De su eficacia depende la suerte de las reclamaciones de los administrados ya que el Juez Administrativo es el encargado de restituir la relación jurídico-administrativa a su verdadero nivel, cuando el estado de derecho ha sido violado por el actuar administrativo.

Algunos autores han expresado que el devenir del estado democrático depende de un correcto funcionamiento de la justicia administrativa, por cuanto en su seno se ventilan cada año los miles de reclamos, que los ciudadanos hacen a esa presencia omnipotente en la que se han transformado las administraciones públicas de todos las naciones en el curso de este siglo. Como veremos a través de estas breves palabras, esta afirmación se verá sustentada por lo que está sucediendo en casi todos los sistemas administrativos: lentitud, denegación de justicia, inoperancia, desadaptación, esclerosis, dificultad de ejecución de las acciones, complicación, excesivo costo, discriminación, excesiva duración y otras críticas semejantes se oyen en todos los países. El diagnóstico es rápido y certero, pero las soluciones tardan y no son adecuadas y las poderosas administraciones coaligadas a veces con los parlamentos nacionales, permanecen incólumes a la necesidad de su transformación.

Esta situación es paradigmática. En efecto, la concepción y uso de esa extraordinaria invención del Consejo de Estado Francés: el Recurso por Exceso de Poder, restableció, a lo largo de este siglo en Francia, y en el resto de los países que copiaron su sistema, el desequilibrio que tenía la administración enfrentada al ciudadano, al administrado. A través de ella se obtuvo un mecanismo eficiente para poner freno a los abusos del Estado y reequilibrar a través de la vía contenciosa el derecho individual violado. Hoy en día no es suficiente con soluciones tradicionales a nuevos problemas. La tutela cautelar originario del derecho civil ha irrumpido de pronto en el administrativo con una fuerza desconocida y amenaza sus bases, concepción y su funcionamiento. Entre nosotros el recurso de amparo, como tuve oportunidad de expresarle en una Conferencia que dicté por invitación de esta Fundación en 1992, está invadiendo, contaminando, desplazando el derecho administrativo tradicional, paralizando el quehacer administrativo y poniendo a veces en peligro los derechos de la colectividad.

Utilizando una teoría cara a Don Manuel García Pelayo, la Teoría Pendular de la Historia, pareciera que nos desplazamos del campo de la vigencia y predominio de los derechos generales representados y defendidos por el Estado y en especial por la administración, hacia otro, el de la vigencia y predominio de los derechos y garantías ciudadanas concretado en las novísimas figuras de protección y tutela cautelar, presente en los últimos años en muchas de las legislaciones occidentales.

La labor de relator es sin embargo subsidiaria, a veces ingrata y frustrante, complicada otras y siempre difícil, pero, en todo caso y mucho más en el presente, honrosa cuando se trata de una personalidad tan relevante como el Profesor Roland Drago.

Dividiré mi exposición en tres partes. La primera referida a realizar algunas consideraciones sobre la ponencia del Profesor Drago; la segunda sobre consideraciones de la Justicia Administrativa en Gran Bretaña y España, y la tercera sobre algunas propuestas de solución referidas al caso venezolano.



II. CONSIDERACIONES SOBRE LA PONENCIA DEL PROFESOR DRAGO

I. Introducción

La Ponencia del Profesor Drago sobre una hipótesis quizás no suficientemente explicada y referida al Derecho de la Unión Europea. Como ustedes saben en Europa existe desde 1950 el denominado derecho comunitario, nacido de los Tratados de París y de Roma que complementados por ulteriores modificaciones han desarrollado un sistema jurídico autónomo y en todo caso complementario de los derechos nacionales. Es probable que para muchos de los aquí presentes sea desconocida la enorme importancia de ese derecho, pero su influencia es tal que sus normas a pesar de ser internacionales por su origen tienen aplicabilidad directa en el territorio de todos los estados miembros. Son más de 300 millones de personas que están sometidas a normas comunitarias en campos de los más diversos, en los cuales los estados nacionales han perdido la competencia y potestad de legislar.

Es interesante destacar que el derecho administrativo de la Comunidad Europea o Unión Europea, fue casi una copia de derecho administrativo francés y mientras aquél -el de la Unión Europea- evolucionó, este -el francés- pareciera que se quedó a la saga, al punto que una de las causas de la reforma del año 88 destacado por Drago, se refiere a la necesidad de cambio frente a la Unión Europea.

El segundo elemento que permito traer a conocimiento de ustedes, con el permiso del Profesor Drago, se refiere a la sobrecarga de los tribunales administrativos franceses en el momento de aprobar la Ley de 1987.

100.000 asuntos por sentenciar en los Tribunales de Instancia
25.000 asuntos por sentenciar en el Consejo de Estado
10.000 recursos nuevos cada año.¹

Esta fue una de las situaciones que sin duda obligó al legislador francés a realizar la innovación contenida en la Ley de 1987. La Ley no pretendía

I. J. CHAPUISAT. *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*. 10.2.1988. Citado por F. García de Enterría. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. Civitas, pág. 72. 1989.

una reforma profunda y fue criticada por muchos juristas y jueces de Francia, pero su entrada en vigencia dejó claro que la situación en muchas áreas de la justicia administrativa eran deficientes, así el 40% de las reclamaciones ante el Consejo de Estado era por inejecución de sentencias por parte de entidades locales.²

El tercer aspecto constituye una apreciación quizá innecesaria pero vital para entender el contexto de la que expresa el Profesor Drago, los jueces administrativos provienen de la administración y no son parte de lo que nosotros entendemos por JUDICATURA. Sus funcionarios dedicados a la tarea de juzgar, los Tribunales Administrativos creados dependen del Consejo de Estado, y este es un Organó de la Administración Francés.

El cuarto aspecto tiene que ver con la institución del "référé" o Procedimientos de Urgencia. El référé es una institución francesa, del Siglo XVII, 1685, de origen jurisprudencial del Chatelet de Paris, de naturaleza civil y consiste en "una decisión provisional", a solicitud del demandante, con audiencia del demandado, mediante la cual un Juez ordena en forma inmediata ciertas medidas con respecto a un asunto en forma rápida...La ley de 1987 distingue el "référé" de experticia (para realizar peritajes); el de extrema urgencia inclusive "de hora en hora", que permite tomar medidas en forma muy rápida que no prejuzgan sobre el fondo ni pueden utilizar para obstaculizar un acto administrativo o la existencia de una relación contenciosa o precontenciosa; el référé provisión mediante el cual los jueces acuerdan una provisión para el acreedor que haya presentado una demanda con una fundamentación jurídica no seriamente cuestionada, pudiendo entregar la provisión, previa constitución de una caución o fianza.³

Es importantísimo destacar que la administración está utilizando cada vez más esta vía del référé para tomar medidas provisionales destinadas a la ejecución forzosa de sus actos, como medio complementario de la acción administrativa.

-
2. Ver F. Moderne. *La Justicia Administrativa en Francia. La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*. J. Barne. Civitas. Pág.331. 1993.
 3. Ver Carmen Chinchilla Marin. *La Tutela Cautelar en la Nueva Doctrina Administrativa*. Civitas. Pág. 67 ss. 1991.



Para terminar quiero empezar con las palabras iniciales del Profesor Drago. A pesar de que no era la intención del Legislador la transformación del Derecho Administrativo Francés en este último decenio del siglo XX es tan importante que muy pronto no lo reconoceremos.

Si ello es así, si esta transformación se está produciendo en el país que todos sabemos es la cuna del derecho administrativo ¿no será porque el aire está cambiando? ¿No deberíamos cuestionarnos nosotros también sobre estos cambios para producirlos antes de que sea tarde?

Pasaremos de esta manera al segundo punto de estos comentarios.

III. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN GRAN BRETAÑA Y ESPAÑA

Pero los cambios no se han producido solo en Francia. En otros países nos encontramos frente a problemas similares.

1. El caso de la Gran Bretaña

El derecho inglés no se ha desarrollado a la par de sus homólogos continentales, y se observa que los Tribunales no tienen el poder suficiente para dictar la suspensión cautelar o definitiva con respecto a la Corona y el Parlamento en ese país no parece sensibilizado ante la opinión pública para cambiar este estado de cosas.

En Gran Bretaña existen los "TRIBUNALS" diferentes a los tribunales ordinarios o COURTS, que no están integrados a su jerarquía. El proceso para recurrir de los actos administrativos se denomina "Judicial Review" y tiene como superior a la Cámara de los Lores con funciones de revisión de decisiones administrativas y sentencias de carácter contencioso.

Los poderes de "Judicial Review" no están fundados en ningún texto legal sino en decisiones concretas de tribunales, lo que dificulta aún más la integración del sistema ya que existen en ciertas áreas del derecho leyes especiales.

Hasta hace poco, 1980, existían en Gran Bretaña regias complejas que dificultaban el acceso a los tribunales, algunas de las cuales imponían restricciones para obtener decisiones (remedies) y las sentencias eran particularmente complejas. A partir de 1977 se han producido cambios importantes que han mejorado la situación. El derecho administrativo anglosajón queda no obstante sometido a dos principios básicos : 1º El de la supremacía del parlamento que conlleva una prominencia de la ley sobre la administración; y 2º el de la "rule of law", según el cual la administración, los tribunales deben someter su acción al ordenamiento jurídico y están sometidos al sistema de responsabilidad civil, comercial. Como se ve el derecho administrativo inglés, es un sistema complejo donde coexisten los "tribunales" especializados, con el "judicial review" control conferido -tribunales ordinarios-. Veremos su diferencia con el sistema español.

2. El caso español

Respecto al caso español comentaremos algunas de las afirmaciones de E. Garcia Enterría en su trabajo Los ciudadanos y la administración, nuevas tendencias en Derecho Español.*

El tema, teórico por cierto en regimenes jurídicos como el venezolano, de la constitucionalización del derecho administrativo, tiene en España una enorme importancia a partir de las conclusiones que extrae Enterría de la lectura del artículo 10 del texto constitucional, el cual reza "España se constituye en un Estado social y de derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Creemos con Enterría, que esta acertada frase no deja ninguna duda en el sentido que la violación de esos principios constituirán para quien la lleve a cabo la peor de las conductas. Con la formulación de este artículo se patentiza lo que expresábamos al comienzo de este papel, en el sentido de que se observa en la evolución del derecho administrativo actual un cambio fundamental, trascendente pero hasta cierto punto contrario a lo que venía siendo la regia: La preeminencia del derecho individual por encima del pretendido interés general hasta ahora representado y personificado por la administración. Pareciera con este enunciado que ha llegado la hora para el derecho administrativo tradicional, que el abuso, las desviaciones, los atropellos, los ataques que se han producido en defensa de ese interés general por quienes han detentado



las riendas de la administración en lo que va de siglo, no puede -al menos en el caso español- seguir produciéndose en virtud del contenido del artículo 11 de su constitución. Ha llegado la hora del Recurso de Amparo. Las sentencias del tribunal constitucional de España, abundantísimas en esta materia, demasiadas al decir de su primer Presidente Manuel García Pelayo, así lo demuestran.

Las otras notas a las que se refiere Enterría en su trabajo son: sustitución de la regla de no suspensión de los efectos de los actos administrativos por la de la suspensión; interpretación amplia de lo que se debe entender por derecho fundamental; exigencia rigurosa en las habilitaciones legales para entrar en el ámbito de la libertad, no son sino consecuencia de ese importantísimo y fundamental cambio que se produjo en España con la incorporación de ese precepto en la constitución y la interpretación posterior que de él ha hecho el mencionado Tribunal Constitucional.

La situación de los Estados Unidos, Italia o Alemania bastante similares a la descrita con sus características propias. Remarquemos que en Alemania más de 100.000 expedientes esperan su suerte en los tribunales administrativos.

Como se observa en este apretado panorama, las reglas son tan heterogéneas como lo son las soluciones. Una sola cosa es cierta, en los tres países el último cuarto de siglo está signado por el cambio, por la innovación, por la transformación de lo que existía en cada uno de ellos se está a la búsqueda de nuevos caminos, nuevas fórmulas, nuevos esquemas.

Pasaremos así al tercer capítulo de este papel de trabajo.

III.

ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL CASO VENEZOLANO

Las bases, los fundamentos y los defectos de nuestro sistema de Justicia Administrativa han sido expuestos por Cecilia Sosa, quien nos ahorró el trabajo de describirlo y analizarlo. Por ello el trabajo de Drago ha producido en mí la necesidad de realizar algunas reflexiones.

1.- A Título Preventivo: Es obvio que la formulación contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos con respecto al proceso es ineficiente. El auge y enorme desarrollo del recurso de amparo, como medio idóneo para resolver la problemática planteada por la actuación ilegal de la administración en sus diferentes ámbitos, es la demostración de que esta afirmación no necesita prueba de ningún tipo. Es necesario tener cuidado. El Juez del Amparo no decide con respecto al fondo del proceso. El amparo es sólo una medida cautelar, no es una solución definitiva. La excesiva discrecionalidad por parte del juez, en lo que son o pueden ser los derechos violados está conduciendo a abusos intolerables. Nuestras administraciones por otra parte son débiles, mal asesoradas, carentes de recursos, por ende de personal, conformadas en muchas oportunidades por inexpertos escogidos las más de las veces por el azar político, la profesionalización no existe, y además de ello los sueldos son bajos. El problema en Venezuela a diferencia de Europa, no es de antagonismo con un Estado fuerte y poderoso, sino con un Estado débil, a veces tan ignorante, que confunde fortaleza con arbitrariedad. El otorgamiento indiscriminado de medidas de amparo en ámbitos como el municipal, está causando estragos y el papel reequilibrador del recurso, está perdiéndose al convertirse en un arma terrible al servicio de abogados inescrupulosos y de jueces desconocedores del daño que están produciendo.

Estimo que debe redefinirse con claridad en que supuestos puede un juez amparar un derecho, ya que los abusos que se vienen cometiendo están atentando contra los derechos generales del colectivo. Una reforma pronta de esta ley se impone sin dilaciones si queremos evitar mayores daños. Deben precisarse como en otras legislaciones los derechos susceptibles de amparo de aquellos que no lo son como medida previa, así como imponer nuevas exigencias a su otorgamiento.

2.- El otro tema es el relativo a la duración de los procesos en sede administrativa. De acuerdo a lo que se observa en el derecho comparado la tendencia general es imprimir celeridad a los procesos. Hemos llegado al punto de que el principio general según el cual es necesario agotar la vía administrativa se debe eliminar, como expresan los italianos, a lo cual añadiremos, "giustizia millonaria, giustizia inexistente, giustizia retardata, giustizia denegata". Muchos autores califican de arbitrario exigir la reconsideración del acto antes de la interposición del recurso. Nos pre-



guntamos, ¿no será esa una de las razones del enorme éxito del Recurso de Amparo, al menos en Venezuela?

3.- Con respecto de la duración de los procesos en sede contenciosa es necesario realizar un grave cuestionamiento. El administrado se encuentra de hecho en situación de desventaja frente a la administración, sobre todo en los casos en los que la Administración ha paralizado, prohibido, impedido su actuación. Una excesiva duración del proceso, (a veces transcurren años), sobre todo cuando el Juez no acuerda la suspensión de los efectos del acto, puede ser ruinoso para el administrado y una sentencia favorable, pero tardía, no surte ningún efecto práctico la más de las veces, sobre todo si se trata de administrados que no disponen de un patrimonio importante que les permita aguantar.

4. Los procedimientos son engorrosos, complicados, costosos y en definitiva se transforman en verdaderas estafas procesales para los administrados incapaces de sufragar los costos no solo monetarios, sino psicológicos.

5. Pero no todo termina allí, después de terminado el proceso y obtenido la sentencia vienen los problemas derivados de su ejecución. Varios puntos tenemos que destacar a este respecto.

a. Privilegios fiscales. Es evidente que tenemos que cuestionar el punto relativo a los privilegios fiscales frente a sentencias ejecutadas. Entendemos que el privilegio de la inembargabilidad, tiene que ser interpretado con un criterio diferente a como se ha hecho hasta ahora. No es posible que con una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, el particular no pueda hacer absolutamente nada frente a la Administración. Esto no es un privilegio sino un atropello, y coloca de hecho a la Administración en una situación fuera de la ley y por encima de la Constitución al estar sus privilegios por sobre el ordenamiento jurídico. Si como expresa la Constitución en su artículo 206 que "los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados es responsabilidad de la administración....."; si por su parte el artículo 211 establece que contra las decisiones de la Corte "no se oirá ni admitirá recurso alguno"; si el artículo 46 establece que: "Todo acto del Poder Pú-

blico que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución es nulo y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenan o ejecuten, incurrir en responsabilidad civil, penal y administrativo según los casos sin que les sirvan de excusa ordenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes"; si todo esto es cierto, es obvio que la administración queda comprometida en su patrimonio con sentencias dictadas por los órganos contencioso-administrativos y que existen razones más que suficientes para cuestionar por inconstitucional el principio de la inembargabilidad de los dineros de la República y de los entes que disfrutan de ese privilegio frente a sentencias definitivamente firmes emanadas de Tribunales Contencioso Administrativos.

b. Lo mismo que hemos acotado con respecto a los privilegios fiscales, tenemos que hacerlo en relación con las enormes dificultades que tienen los administrados para hacer ejecutar sus sentencias en contra de órganos y organismos administrativos. Lo que hemos dicho de "estafa Procesal" adquiere en estos casos características dramáticas, ya que el no contar con el apoyo del ente u organismo perdedor para "reestablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por la autoridad administrativa" (Constitución de la República, artículo 206, in fine), el administrado ha ganado el proceso pero no puede restituir el daño causado. En mi opinión debemos dirigirnos en este campo a las denominadas medidas cautelares de prestación positiva, es decir que los tribunales no solo deben en sus sentencias declarar la nulidad de los actos, sino que deben indicar en forma expresa como ha de restituir la administración la situación jurídica, y en el caso de perjuicios económicos permitir el resarcimiento de los daños con cargo a los presupuestos que estén ejecutando, los entes públicos originadores del daño, para eso están entre otras las denominadas rectificaciones y traslados presupuestarios previstos en las Leyes de Presupuesto de la República.

6. Por otro lado y aunque parezca extraño nos encontramos en infinidad de casos en que la administración no puede actuar frente al administrado. Este fenómeno es de una particular importancia a nivel municipal, ya que cuando actúa muchas veces en defensa de un verdadero "interés público", su actuación es suspendida por un recurso de amparo. A este respecto es necesario que dotemos a las administraciones públicas de medios de ejecución forzosa cuando el particular se resiste a su actua-



ción. La Institución francesa del référé, tal como lo expresa el profesor Drago, es una solución. Los jueces y en especial los jueces administrativos deben tomar en consideración no solo el derecho individual sino también el interés del colectivo, cuando dictan una decisión de suspensión de los efectos de actos administrativos, cuando además de intereses particulares se pueden estar violentando intereses de la colectividad. En algunos casos del derecho europeo se exigen ciertos requisitos para las medidas cautelares: 1) Peligro para el derecho que se pretende proteger; 2) Existencia de un correcto y fundado buen derecho por parte del recurrente; 3) Fianza y 4) Existencia de un proceso principal. Quizá dentro de los poderes discrecionales del Juez de Amparo, deban entrar consideraciones de esta naturaleza a la hora de decidir la suspensión de ciertos actos administrativos.

V.

CONCLUSION Y RECOMENDACIONES

Cuando empecé a preparar este papel consideré que la situación de nuestra justicia administrativa era de las peores. Hoy en día considero que es mala, pero que no somos únicos. Creo que hay remedios y que reuniones como ésta sirven para plantear un debate público sobre los mismos.

1. Considero que el Ejecutivo debe promulgar un reglamento sobre normas que regulen la formación de expedientes administrativos en los diferentes órganos de la administración central, y así mismo lo deben hacer los demás organismos y personas públicas, institutos autónomos, otras personas públicas y municipios. Un expediente bien elaborado es a veces la mejor garantía del derecho del administrado en la medida en que inhibe al jerarca administrativo de tomar decisiones arbitrarias.

2. Las Consultorías Jurídicas deben transformarse en Direcciones de lo Contencioso Administrativo o una Unidad de este tipo debe existir en el seno de esos órganos. La Dirección de lo Contencioso debe emitir dictamen previo, inmediato, urgente, tan pronto como sea recibido un recurso en contra de una decisión de cualesquiera de las unidades del organismo público de que se trate. En este dictamen la Dirección de lo Contencioso debe pronunciarse jurídicamente acerca de la procedencia o no del Recurso y debe ser llevado a conocimiento del Director de Línea o máximo

jerarca del organismo. Si por discrepar del dictamen correspondiente el asunto se transforma en contencioso, sus consecuencias son de la absoluta y total responsabilidad del Director o máximo jerarca, quienes deberán responder en los términos de la Constitución y de las Leyes. De esta manera se acabará con la "responsabilidad innominado" que existe en nuestra administración. Este dictamen debe ser parte esencial del expediente administrativo que va a conocimiento del Juez de lo Contencioso, quien debe pronunciarse sobre esta responsabilidad.

3. El Congreso de la República debe considerar seriamente la posibilidad de incorporar la figura del silencio positivo, como medio de combatir, la secular flojera administrativa de nuestros funcionarios, obligándolos a pronunciarse con respecto a las solicitudes y peticiones de los administrados para darle un contenido al derecho de petición consagrado en el artículo 67 y 121 de la Constitución.

4. El privilegio fiscal de la inembargabilidad que según Eduardo García de Enterría es un "escombro fósil medioeval viviente fuera de su medio" debe ser declarada inconstitucional frente a sentencias definitivamente firmes, por lo menos en lo que respecta al patrimonio dinerario de las administraciones, cuando no estén afectados el cumplimiento de fines específicos.

5. La Jurisdicción contenciosa debe evolucionar de jurisdicción anuladora y revisora a jurisdicción condenadora.

6. Es necesario crear más tribunales de apelación en lo contencioso y dotar a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de nuevos medios para poder satisfacer las exigencias de esta materia.

7. El Consejo de la Judicatura debe realizar estadísticas con la colaboración de la Corte de lo Contencioso y de la Sala Político Administrativa, para evaluar y clasificar el número de procesos pendientes por jurisdicción, el tiempo de duración de los procesos, el número de los nuevos por tipo y por jurisdicción, el número de sentencias dictadas por cada instancia, los recursos de amparo introducidos, y conjuntamente con los órganos de la administración entre ellos la Procuraduría y la Contraloría veri-



ficar el cumplimiento por parte de las administraciones de las sentencias de nuestro contencioso, y mantener informada a la Administración de esta situación.

He tratado en los 20 minutos que se me otorgaron hacer una síntesis apartada de algunos aspectos frecuentes en lo que a nosotros respecta. Lo ideal sería una reforma de la LOPA y la aprobación de una Ley de lo Contencioso. Quizá sea demasiado iluso pensar que estos dos procesos puedan producirse en forma inmediata. La masiva asistencia a este evento, la calidad de sus expositores, la diversidad de los temas son signos refrescantes, positivos en un momento tan crítico de nuestro país. Quiero agradecer a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo la invitación y felicitarlos por tan merecido e importante homenaje al epónimo de estas Jornadas Dr. Allan Brewer- Carias.

**AMBITO DE LA JURISDICCION
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
EN ESPAÑA**



**AMBITO DE LA JURISDICCION
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA**

**por
Fernando Garrido Falla
Catedrático Emérito de la
Universidad Complutense, Madrid**

**I.
PRECISIONES TERMINOLOGICAS**

1. Bajo esta denominación se estudia el conjunto de cuestiones que pueden ser sometidas a la fiscalización de los Tribunales que constituyen en España el "orden jurisdiccional" contencioso-administrativo. Tradicionalmente se conocía con el nombre de la *materia contenciosa*.

Hay que advertir que en ésta materia la todavía vigente Ley de 1956 introdujo importantes innovaciones:

-del proceso al acto, se pasó al "proceso *inter partes*".

-se eliminó la exención de fiscalización de la llamada "*potestad discrecional*" al reconocer que en todo acto administrativo -aún en los discretionales en cuanto al fondo- hay elementos reglados.

-en fin, se estableció el principio de "cláusula general" ... si bien con lamentables excepciones que ya han desaparecido.

Actualmente, se gesta en España una reforma de la Ley de 1956. Interesa por eso conocer cuál es el estado de la cuestión: cuál es el ámbito de la jurisdicción en la Ley vigente, cuales son las reformas que se consideran necesarias... si es que tal necesidad existe.

2. En la vigente Ley de 1956 el ámbito de la jurisdicción ("la materia contenciosa") se contiene en el Cap. I del Tit. I (arts. 1 a 4 especialmente) y en el Cap. I del Tit. III. Novedades de la Ley en el momento de su aprobación -aparte las ya mencionadas- lo fueron la posibilidad de la impugnación directa de disposiciones generales (reglamentarias) de la Administración (aparte, claro está, como ya ocurría en nuestra legislación tradicional, de su compatibilidad con la impugnación "indirecta", es decir, con motivo de la impugnación del acto concreto de aplicación).

3. Modificaciones posteriores de la Ley de 1956 especialmente, como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1978- ampliaron el ámbito de la jurisdicción a fiscalización de los actos -en materia de gestión económica de personal- dictados por Organismos constitucionales *que no forman parte de la Administración pública* y que, por tanto, quedarían fuera de la definición que de los actos impugnables se nos dá en el art. 1º de la Ley Jurisdiccional (que habla estrictamente de ... "actos de la Administración Pública sujetos de Derecho Administrativo..."). Estas modificaciones, al principio fragmentarias, fueron definitivamente recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/1985) en cuyo art. 58 se atribuye al conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo el conocimiento de:

"1. En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanadas del Consejo de Ministros o de sus Comisiones delegadas, de los recursos contra los actos y disposiciones procedentes del Consejo general del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los Organos de gobierno del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración"

Aparentemente se producía una ampliación de competencias que -en tanto significaba la fiscalización por la Jurisdicción contencioso-administrativa de actos que no procedían de la Administración- ponía en duda la validez teórica de la concepción dominante en el Derecho Administrativo español sobre la concepción "subjetivista" del concepto de Administración pública. ¿Habría que cambiar la metodología y dedicarse a la búsqueda del concepto de "función administrativa"? Algo de esto es lo que intenté en 1982 con mi trabajo "Reflexiones sobre delimitación formal del objeto del Derecho Administrativo"; que por cierto, hizo decir al Prof. A. BREWER-CARIAS



que ésto le reconciliaba con el Derecho Administrativo español. Precisiones ulteriores sobre este tema capital se contienen, empero, en las últimas ediciones de mi Tratado de Derecho Administrativo.

La finalidad del trabajo que ahora expongo no es obviamente un estudio global (lo cual constituiría materia de todo un curso) del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España. Me limitaré a algunos de los progresos que, por vía jurisprudencial, se han realizado en la interpretación de la Ley y a la conveniencia de que sean recogidos en la reforma que de la vigente Ley en estos momentos se proyecta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional ha contribuido de forma decisiva a precisar y ampliar el ámbito de la jurisdicción en relación con las siguientes cuestiones:

- 1) los actos políticos del Gobierno;
- 2) la llamada "Inactividad de la Administración"; y
- 3) las acciones materiales o "vía de hecho".

A cada una de estas cuestiones me referiré a continuación.

II. LOS ACTOS POLITICOS DEL GOBIERNO

1. En la clásica monografía de DUEZ (*Les actes de gouvernement Paris, 1.935*) se define la doctrina de los actos de gobierno como "una prudente reserva del Conseil' d'Etat frente a la evolución del Recurso por exceso de poder". El Ordenamiento jurídico español también acepta esta respetuosa "cortesía" para con el Gobierno (es decir para con "el Poder") y así se consagra en el Artículo 2, b) de nuestra LJCA, que excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa:

"Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las

indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Obsérvese que, al menos, se restringe el concepto con respecto al Derecho anterior, se exige un doble requisito material y formal (que el acto emane del Gobierno, es decir, del Consejo de Ministros) para que quede exento de fiscalización. Sin embargo, hay que entender que promulgada la Constitución de 1.978 la garantía de tutela eficaz de los derechos e intereses por los Tribunales viene a consagrar definitivamente el principio de "cláusula general": *todos los actos del Poder Ejecutivo que afecten a situaciones jurídicas de los particulares son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa.*

A mi juicio, la reserva de los “actos de Gobierno” queda reducida a los que afectan a las relaciones entre los altos Organismos constitucionales del Estado; disolución de las Cortes, convocatoria de elecciones generales, etc ...

2. Sin embargo, lo cierto es que el acto político se resiste a morir. En el último Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa distribuido por el Ministerio de Justicia (que dió lugar a que los administrativistas españoles nos reuniésemos en Sevilla para discutirlo) volvió a excluirse del conocimiento de la jurisdicción (Artículo 3):

c) El control de los actos del gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que se refieran a sus relaciones con otros Organos constitucionales y estatutarios y los dictados en ejercicio de la función de dirección de la política interior y exterior, sin perjuicio de las indemnizaciones...”.

Propuesta que, si aceptable en su primera parte, nos lleva en la segunda a la resurrección del acto del Gobierno (en el sentido más inaceptable de la expresión). ¿Acaso estos actos de «dirección política» no pueden violar derechos e intereses de los ciudadanos?. ¿Por qué remitir a un concepto jurídico indeterminado que en último término se convertiría en un pretexto del Gobierno para intentar eludir *ab initio* la fiscalización jurisdiccional de sus actos?. En fin, ¿acaso no es posible que algunos de estos actos -de admitirse- no tengan (al igual de lo que ocurre con los actos discrecionales) elementos *reglados*?



Por el momento desconocemos la suerte que correrá el citado Anteproyecto, pero la jurisprudencia ha manifestado ya sus criterios en relación, claro está, con la interpretación del vigente Artículo 2ª, b) LJCA. Así:

A) Hasta la vigente Constitución, se entendía que la expulsión de extranjeros formaba parte del complejo "relaciones internacionales-seguridad interior del Estado" (idea que por lo demás es acogida por la Ley de Extranjería). Sin embargo, ¿se puede decretar una expulsión sin que el expulsado conozca los motivos que la justifican y sin darle oportunidad de ser oído y defenderse?. Hay aquí en juego un doble principio constitucional que ha determinado que, a través del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional se haya pronunciado repetidamente en defensa de tales principios. Incluso en el caso de que se entendiese que la Ley de Extranjería (la actual o la que la substituya) impidiese expresamente la utilización del recurso contencioso-administrativo, tal Ley sería inconstitucional (y por tanto no aplicable) de acuerdo con lo establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1.983, de 17 de mayo, que anula el ap. f) del Artículo 40 LJCA.

Sin embargo, la admisibilidad de la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas a control jurisdiccional ha sido admitida por las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1.990 y 26 de noviembre de 1.992, que, a su vez, recogen doctrina anteriormente establecida por el Tribunal Supremo, en sus Sentencias, entre otras, de 9 de junio y 2 de octubre de 1.987.

B) La reacción contra la inmunidad de los actos políticos se advierte ya, sin embargo, en las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo. Cito en primer lugar la de la Sala 3ª (Sección 4ta.) de 22 de enero de 1.993, de la que fue Ponente el Profesor BAENA DEL ALCAZAR. Resuelve recurso interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya contra Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se denegó en reposición, confirmando Acuerdo anterior, la celebración de un referendun municipal en Villaverde de Trucios sobre la incorporación de este municipio a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Admitida la legitimación de la Diputación de Vizcaya para la interposición del Recurso Contencioso-administrativo, la Sentencia pasa a examinar la excepción opuesta de falta de jurisdicción por tratarse de un acto político no sujeto por consiguiente al Derecho

Administrativo. He aquí lo que el Tribunal Supremo nos dice en su Fundamento Jurídico 3º:

«Ciertamente nuestro Ordenamiento sigue acogiendo, después de la Constitución, la existencia del acto político prevista en el Artículo 2. b) de la Ley Jurisdiccional y la jurisprudencia así lo ha reconocido, entre otras decisiones en el Auto de 19 febrero 1.991 y en las anteriores Sentencias de 2 octubre 1.987 y 25 octubre 1.990 ...»

Sin embargo la más moderna corriente jurisprudencial y señaladamente el Auto del Pleno de la Sala de 15 enero 1.993 ha dado de los actos políticos una interpretación distinta, ya que tras aprobarse la Constitución, y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los Artículos 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos del control jurisdiccional».

Y la brecha para que la fiscalización jurisdiccional penetre en estos ámbitos aparentemente exentos, la encuentra la sentencia que se comenta en la distinción entre el fondo del asunto y los elementos reglados que en cualquier acto político del gobierno pueden darse. Así, continúa razonando la Sentencia:

«Desde luego, ello no excluye que existan actos de los máximos Organos Constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos si son susceptibles de control jurisdiccional. Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable».

Pero, por la "importancia política" que se le ha dado, hay que referirse fundamentalmente a la más reciente Sentencia de la Sala 3ª (en Pleno) del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1.994 de la que fue Ponente el Magistrado SR. TRILLO y que terminó anulando el nombramiento del Fiscal General del Estado, designación típicamente política del Gobierno, donde las haya, por entender que los requisitos que deben reunir las personas que hayan de ocupar este cargo están establecidos en el Estatuto del Ministerio Fiscal y que, por consiguiente, la fiscalización de si tales condiciones se cumplen entra plenamente dentro de las facultades de revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa.



La Sentencia, claro está, comienza por recordar el estado de la cuestión, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como en la del propio Tribunal Supremo: “ ... ambos Altos Tribunales -se nos dice en el Fundamento Jurídico 12 de la sentencia comentada- han acudido directamente al examen del Artículo 97 de la Constitución y a su relación con el Artículo 6.1 para fundar la admisión de una actividad política del gobierno no sujeta a revisión jurisdiccional. Así, en la de 2 Octubre 1.987 hemos dicho que el Artículo 97 de la Constitución enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 106.1 del mismo Texto Constitucional, de su gestión política, como señala el Artículo 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la de 15 de marzo de 1.990, dice que no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el Artículo 97 del Texto Constitucional, está sujeta al Derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está en general la que se refiere a las relaciones con otros Organos Constitucionales, como son los actos que regula el título V de la Constitución o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley u otros semejantes, a través de las cuales el gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado Artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción”.

Supuesto lo cual, la Sentencia que ahora comentamos reacciona declarando que esta clara posición jurisprudencial se oscurece cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento que presionan a favor de su restricción para poder alcanzar así un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto jurídico planteado. Pues bien, se nos dice en la Sentencia, “entre estos principios y normas nos encontramos, en primer lugar con que la Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador ... en el Artículo 24.1, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un

derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. Ha sido la influencia de este precepto constitucional la que explica que la jurisprudencia que hemos reseñado haya abandonado la cita del Artículo 2.b) de la Ley de la jurisdicción...”. “Otro mandato constitucional que no podemos dejar de tener presente es el del Artículo 9º de la Norma Suprema, cuando nos dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La unión de estos preceptos en el Derecho fundamental reconocido en el artículo 24. 1 nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del Poder Ejecutivo”.

A mi juicio, el discurso jurídico de la Sentencia debería haber acabado aquí. Es el punto de vista del titular de derechos subjetivos o intereses legítimos violados por la actividad del Poder Ejecutivo el único que debe prevalecer a los efectos de la admisibilidad o no del recurso contencioso-administrativo: siempre que la actuación del Poder Ejecutivo (incluido el Gobierno que, claro está, constituye su cúpula) viole derechos o intereses legítimos, la garantía de la tutela judicial efectiva de los tribunales (es decir, del contencioso-administrativo) resulta ser una exigencia constitucional. Y en definitiva, esto es lo que ocurre con los actos de relación entre los Altos Organismos Constitucionales; así, cuando se envía un proyecto de ley a las Cortes, se disuelven las Cámaras o se convocan elecciones. El “interés difuso” que los ciudadanos puedan tener en que esto se haga o no se haga, no tiene la consistencia jurídica, del derecho subjetivo ni del interés legítimo, ni a los efectos de su protección directa por los Tribunales ni siquiera en cuanto legitimación bastante para poner en acción a la justicia.

Ahora bien - siempre la “prudente reserva frente al Poder”- la Sentencia flexibiliza su postura diciéndonos lo que sigue:

“Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que pueden originar, esto no excluye que la vigencia de los Artículos 9 y 24. 1 de la Constitución nos obligue a asumir aquél control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben ajustarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los



Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión". . . "Un caso típico es el que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento. El Artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección del Fiscal General del Estado *se haga entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio efectivo de su profesión*. Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno a optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su existencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del gobierno, imponiéndole en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales".

En resumen, en las dos Sentencias comentadas aunque se admite la existencia de actos que por su naturaleza pueden definirse como "actos políticos del Gobierno" reconoce asimismo la existencia de elementos reglados susceptibles de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

III. LAS ACTUACIONES MATERIALES Y LA VIA DE HECHO

1.- El anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a que antes hemos hecho referencia contiene en su Artículo 24.2 una norma de cuya novedad (al menos en su expresa formulación) debemos congratularnos:

"También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta ley".

Digamos, para entendernos, que constituye vía de hecho toda actuación material de la Administración Pública carente de un Título jurídico que la justifique. Como regla, dicho título jurídico será el acto administrativo previo a la ejecución.

2.- Aunque en la vigente ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no existe expresa referencia al recurso contra la vía de hecho, es obvio, y

asi lo ha reconocido la jurisprudencia, que el particular no se encuentra indefenso contra tales actuaciones materiales. En efecto, ya el Artículo 100.1 de la LPA 1.958 establecia: "La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento juridico".

Por su parte, el Artículo 103 de la propia LPA nos decia: "no se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido". Lo que, *a contrario sensu* significa que el interdicto es procedente cuando la Administración no respeta ni el procedimiento ni los limites de su propia competencia.

Por eso SAINZ MORENO pudo hablar de la triple defensa frente a la via de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo (RAP, nº 123, 1.990).

La Ley 30/1.992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha recogido los antes citados preceptos de la LPA en sus actuales artículos 93 (por cierto, en este caso, convirtiendo la elegante redacción del viejo artículo 100 en un auténtico galimatías) y 101 (sobre prohibición de interdictos) por lo que no ha habido modificación sustancial en esta materia. Y, sin embargo, ante las repetidas oposiciones de la Abogacia del Estado en relación con los recursos entablados contra vias de hecho (con el capcioso argumento de que "si no hay acto administrativo, no puede interponerse recurso") ha tenido que ser la jurisprudencia tanto contencioso-administrativa como del Tribunal Constitucional (sobre todo) quienes hayan tenido que recordarnos el dislate que significaba negar protección jurisdiccional contra las actuaciones materiales de la Administración Pública. (La cuestión está fuera de duda cuando de lo que se trata es de una acción material de despojo de bienes privados sin el procedimiento expropiatorio ni previo pago de justiprecio, como ha establecido la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 1.993; sin embargo, el interdicto del artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa no es utilizable para paralizar obras públicas ya en marcha, según se nos advierte en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1.993). Distinta era la postura de la jurisprudencia del T.S. cuando se trataba de actuaciones que afectaban al



orden público, entendida esta expresión en el sentido del orden político entonces establecido”. Así la Sentencia de la Sala Cuarta del T.S. de 15 de noviembre de 1.969, optó por la cómoda postura de la inadmisibilidad por falta de “acto administrativo”. He aquí los hechos: El recinto conventual de los Frailes Menores Capuchinos de Cataluña, sito en la barriada de Sarriá de Barcelona, vino siendo utilizado para reuniones de carácter preparatorio de una Asamblea de Estudiantes que tenía por finalidad la aprobación de los Estatutos de un denominado “Sindicato Democrático de Estudiantes de la Universidad de Barcelona”, reuniones que se celebraron antes del día 9 de marzo de 1.966.

Con el fin de celebrar en la Sala de reuniones adosada al convento de Sarriá, la Asamblea constituyente de la antedicha asociación, dos estudiantes obtuvieron la autorización correspondiente por parte de la Comunidad religiosa y el día 9 de marzo se reunieron en dicho local unas 400 personas. Como dicha reunión se celebraba sin autorización de la Autoridad Gubernativa, se procedió por ésta a rodear con Agentes de la Autoridad el recinto del local, así como todas las posibles salidas del Convento, notificándose por los Agentes de la policía gubernativa al Padre S.B., la orden de suspensión de la reunión.

En esta situación transcurrió toda la noche del día 9 de marzo, el día 10 completo y en la mañana del día 11 el Gobernador Civil de Barcelona, ejecutando ordenes recibidas del M^o de la Gobernación, ordenó a las fuerzas de su mando que se procediera al desalojo de quienes se había reunido. Y ejecutando estas órdenes, la Fuerza Pública irrumpió en el interior del Convento e invitó a todos los congregados al desalojo, lo que así hicieron éstos tras de haber sido convenientemente identificados por la Autoridad.

Con fecha 24 de marzo de 1.966, el Padre S.B., elevó al Gobernador Civil de Barcelona y subsidiariamente al Ministro de la Gobernación, recurso de alzada, *a fin de que se declarase ilegal el acto de entrada de los agentes de la Fuerza Pública en el recinto conventual de Sarriá, que se desestimó tácitamente por silencio, y contra la desestimación expresa de aquel recurso, producida el día 26 de abril de 1.967, se interpone recurso contencioso-administrativo*, en nombre de “Frailes Menores Capuchinos de Cataluña”, en el que formuló su demanda con súplica de que se dicte sentencia por la que se anulen las resoluciones impugnadas por ser contrarias a Derecho y, en su lugar, se declare que el acto de entrada de

los Agentes de la Autoridad al Convento de los FF. MM. Capuchinos de Sarriá (Barcelona) el día 11 de marzo de 1.966, fue un acto ilegal y no conforme a Derecho. El T.S. declaró la inadmisibilidad del recurso.

Ahora bien, lo que importa subrayar es que, frente a la vía de hecho, el particular puede elegir alternativamente entre la vía contencioso-administrativa y la vía interdictal ante la jurisdicción civil. Esta es la importante doctrina que se establece en la Sentencia de la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo de 22.9.90 de la que fue Ponente el Prof. GONZALEZ NAVARRO. El Ayuntamiento de Madrid procedió por vía de hecho (sin acto administrativo previo que diese cobertura a la actuación material) a la apertura de calle pública sobre terrenos de propiedad privada. El Tribunal Supremo estima la demanda e incluso impone las costas al Ayuntamiento, para lo cual razona así en el Fundamento Jurídico 2º: Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento. Y la ha habido también porque tampoco ha habido acto administrativo previo, porque la orden dada a los obreros lo ha sido por el Jefe del Departamento de la Gerencia de Urbanismo cuya competencia para producir actos vinculantes para el ciudadano no consta, por lo que la citada orden resulta nula de pleno derecho según el artículo 47 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo. Y añade:

Pudo el apelado haber utilizado la vía interdictal ante la jurisdicción civil, pues en estos casos el ordenamiento español autoriza el empleo de esta vía procesal más rápida con carácter general en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo (la redacción en forma negativa que adopta este precepto no debe impedir su correcta intelección; los interdictos contra la Administración son posibles cuando el acto está viciado por falta de competencia de su autor o por no haber respetado éste las formas procesales exigibles). Pero, por las razones que sean ha preferido recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa que también puede y debe otorgarle protección. En todo caso importa dejar claro, que no sólo la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino también la civil, podía y tenía que otorgarle protección".

Empero, no siempre los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa han pensado así. En el conocido caso de la construcción del Pantano de Riaño, el desalojo de los vecinos del pueblo de sus respectivas



viviendas se realizó mediante actuaciones materiales coactivas, contra las que recurrieron los vecinos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid se declaró incompetente por considerar “que no había acto administrativo”. Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, fue resuelto por Sentencia 160/1.991, de 18 de Julio (en Pleno) cuya doctrina se resume así: “En la expresión actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y otras similares con las que las leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho. Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como conjunto de *facta concludentia* de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica”.

IV. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION

1.- Desde que el Prof. A. NIETO publicó en el nº 37 (de 1.962) de la “Revista de Administración Pública” su artículo sobre el control de la inactividad de la Administración se ha empezado a agitar en la Doctrina española un problema que, a mi juicio, es más ficticio que real. Ni los ejemplos que NIETO señalaba, ni los que aduce 25 años después (*Documentación Administrativa*, nº 208) son convincentes en el sentido de que el particular quede inerte ante tales supuestos de inactividad. En cualquiera de tales casos la solución es obvia empleando las propias fórmulas de fiscalización que la vigente Ley de lo Contencioso-Administrativo establece, a saber: solicitar de la Administración la actuación que se pretende y, una vez producido el acto presunto o el silencio administrativo desestimatorio, recurrir contra la desestimación tácita. Es decir, se trata simplemente de convertir la inactividad material en inactividad formal.

2.- Con el objeto de acercar la teoría a la práctica, examino a continuación alguno de los supuestos que se suelen ofrecer para demostrar

las lagunas -según se dice que presenta nuestro ordenamiento positivo. Veamos los siguientes ejemplos:

A. *La mercancía que se avería en la aduana.*- En relación con este ejemplo, hay que advertir:

- a) que, por supuesto, es reconducible a una denegación formal se solicita el despacho y se contesta negativamente o se aplica silencio (acto presunto negativo);
- b) no cabe pedir la suspensión, precisamente, por ser acto negativo;
- c) los daños que se causen son generadores de indemnización, supuesto que se declare el derecho a que las mercancías sean despachadas.

B. No tomar medidas de seguridad en relación con una obra pública peligrosa: también aquí es posible la reconversión de la actividad en denegación formal. El problema, empero, es éste: ¿que infracción del ordenamiento jurídico o qué derecho subjetivo vulnerado alegaría el recurrente?. Por supuesto, siempre queda a salvo la posibilidad de indemnización si a consecuencia del riesgo creado se produce un accidente.

C. Petición de desalojo de un bien de dominio público: puede alegarse la obligación de defender el dominio público y en cuanto a la legitimación, el derecho al uso público de dicho bien por ejemplo, una playa). Si se tratase de bien patrimonial, incluso cabría la acción de subrogación de cualquier vecino (tratándose de bienes municipales) que permite la legislación local (Artículo 68.2 y 3 de la Ley 7/1.985, de Bases del Régimen local).

D. Declaración de ruina (parcial o total) de un edificio. Si ante la desobediencia del propietario, hay inactividad del Ayuntamiento ¿podría un tercero interesado combatir tal inactividad? (Artículo 247 Ley del Suelo).

E. Y he aquí un supuesto no infrecuente: no tramitación de un expediente de apertura (o traslado) de farmacia: la Jurisprudencia suele condenar a la Administración a que tramite expediente (consecuencia del



principio "revisor"). Pero, podría entrar en el fondo del asunto?. Si así fuese, el Tribunal terminaría - tratándose de relaciones triangulares- en resolver cuestión "inter privatas partes".

F. Sigamos con los ejemplos: la ley remite la regulación del tema a un reglamento que la Administración no dicta (MUÑOZ, MACHADO en REDA, 26, 1.980, relata el caso de los Profesores de La Religión). Su reconversión en silencio administrativo es lo que condujo a la Sentencia citada por él (Sentencia 9 de noviembre de 1965, y en la misma línea la de 5 de mayo de 1.976); lo que demuestra la tesis que mantenemos.

G. En fin: establecimiento por un municipio de un servicio público obligatorio. El límite de la fiscalización Jurisdiccional estará siempre en las facultades discrecionales que la ley otorgue: la creación de servicios precisa de medios materiales (presupuestarios); y el establecer el orden de prioridades y necesidades públicas corresponde a la administración (salvo si lo establece la Ley) . Hay temas en que el "carácter revisor" se impone: "No podrán los Jueces y Tribunales determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general anulada, ni determinar el contenido discrecional de los actos anulados". (Artículo 70.2 del Ante-proyecto).

3. Ciertamente hay algunos supuestos específicos en los que se pueden plantear al hipotético recurrente algunas dudas sobre el camino a seguir. Por ejemplo:

A. En relación con el derecho a exigir la prestación de un servicio público, hay que distinguir:

a) Si se trata del derecho a la educación: el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña obligó a la Generalidad a procurar enseñanza en castellano, aplicando la propia Ley de normalización lingüística que no se cumplía en la práctica. Es un supuesto de inactividad; pero se resolvió aplicando la LJCA vigente ... en la que no se habla de inactividad.

b) Otro tipo de prestaciones (que, a diferencia de la educación, no son derechos fundamentales): ¿puede el Tribunal imponer plazos para la atención sanitaria, alterando las "listas de espera"? Evidentemente nó.

B. Sumamente curioso es el supuesto de inejecución por la Administración de sus propios actos estimatorios. De acuerdo con la LJ habría que iniciar un nuevo recurso contra la inactividad (es decir, de inejecución); aquí la solución vendría de mano de una institución que está necesitada de reforma: establecer la medida cautelar de obligar a ejecutar (a no ser que la Administración haya iniciado un proceso de lesividad, en cuyo caso habrá que estar a las resultas de éste).

C. Devolución del IRPF defraudado en exceso. El sistema actual consiste en la provocación de un acto administrativo expreso o presunto (por tanto, no hay indefensión).

D. Inejecución de sentencias que anulan el expediente, entrar en el fondo: oposiciones, valoración de sexenios en profesores Universitarios o Investigadores del CSIC. Si la Administración no repite sus valoraciones técnicas, lo más que podría imponer el Tribunal es un plazo; pero nunca substituir a la Administración en su valoración técnica.

E. Pero el supuesto más sorprendente (e irritante) es el provocado por la aún reciente Ley 30/1.992: cuando la Administración no expide la certificación del acto presunto especialmente si se le deben atribuir efectos estimatorios; ("silencio dentro del silencio"). Pues aquí hay que distinguir:

a) Si los efectos deben ser estimatorios, la solución del art. 44.3 no ha de ser una inocentada (¿qué Banco otorgaría un crédito a un promotor de viviendas a la vista de un permiso así obtenido?),

b) Si el silencio tiene efectos negativos, se abre (como siempre) la vía del recurso,

c) En fin, aunque estemos ante un supuesto de silencio positivo (acto presunto estimatorio)... si la Administración se niega a ejecutarlo habrá que terminar ante los tribunales (el Artículo 44.5 remite a lo de siempre ...). Para mi, sería otro supuesto de esas medidas cautelares positivas que ciertamente constituyen una de las lagunas de nuestro ordenamiento positivo.

4.- No obstante, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional nos ofrece algunas soluciones alentadoras en



relación con algunos de los casos concretos que acabamos de enumerar. Así, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1.981, en procedimiento seguido al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales 62/1.978, nos dice, frente a un caso de inactividad administrativa:

“que... la negativa del Rectorado de la Universidad de Zaragoza al nombramiento del Tribunal que hubiere de juzgar la tesis del recurrente ha significado plenamente una ostensible discriminación con relación a otros doctorandos que son bien conocidos en autos, como son bien conocidas las infracciones en el trámite de presentación de la tesis doctoral y que culminan en el acuerdo rectoral antes citado de 22 junio 1.981 en cuyo apartado 32 se hace constar expresamente: “no aceptar la propuesta del Tribunal para la memoria de Doctorado de Don Luis E.A., habida cuenta de la existencia de defectos formales e irregularidades en la tramitación del procedimiento administrativo seguido para la lectura y defensa de la memoria de Doctorado del mencionado Sr. A., hasta tanto sean subsanados tales defectos de forma”.

En resumen: el Tribunal ordenó al Rector de la Universidad de Zaragoza que procediese a nombrar sin dilación el Tribunal que hubiese de juzgar la tesis doctoral del recurrente.

Un caso no infrecuente es el que resuelve, por vía de amparo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 294/1.994, de 7 noviembre, se trata de aquellos supuestos en los cuales el Tribunal reconoce en vía administrativa el derecho que el particular reclama, pero no procede a hacerlo efectivo, con lo que la inactividad de la Administración le coloca en la necesidad de tener que acudir de nuevo a la vía contencioso-administrativa. En esta vía el Abogado del Estado se opone a la admisión del recurso al amparo del Artículo 82, c de la Ley Jurisdiccional “porque no existía un acto administrativo objeto de recurso o impugnabile ya que la Administración había reconocido expresamente el derecho de los recurrentes”.

Frente a esto, el Tribunal Constitucional (en su fundamento Jurídico 4) nos dice: “y todavía habría una manifestación de la actuación administrativa susceptible de ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber: la inactividad material de la Administración frente a la obligación, nacida de la Ley y reconocida por la propia Administración en una resolución expresa, de pagar a los interesados las cantidades adeudadas. Existiría, pues, en todo caso, un acto tácito, esto es, producido

por *facta concludentia* e indica de forma unívoca la existencia de una resolución Administrativa.

**V.
MODO DE CONCLUSION**

He tratado de demostrar que la vigente Ley Jurisdiccional permite protección en vía contencioso-administrativa contra las actuaciones materiales e incluso contra la inactividad de la Administración; protección que ha sido refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y ampliada a los llamados actos políticos del Gobierno.

Ahora bien, ante la eventualidad de una reforma de la Ley vigente, sería aconsejable incluir expresamente esta ampliación y, por supuesto, *no excluir* la fiscalización de los actos políticos del Gobierno como se lee en el último anteproyecto que hemos podido conocer.

**LA MATERIA CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVA**



LA MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

**Por María Amparo Grau
Profesora de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela y de la
Universidad Católica Andrés Bello**

El Profesor Garrido Falla ha expuesto en forma aleccionadora una visión del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España.

Ahora bien, a los fines de comentar lo ocurrido en esta materia en Venezuela, es conveniente precisar, desde ya, que a diferencia de la situación española, donde la materia que corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo debe ser analizada teniendo como obligatorio parámetro la ley y con referencia a ella la contribución jurisprudencias, en nuestro país ha sido sin duda la jurisprudencia la que se ha encargado de manera protagónica de determinar la materia del contencioso administrativo.

La ausencia de una ley de la jurisdicción contencioso-administrativa no ha impedido que en Venezuela hayan sido considerados todos estos aspectos a que se ha referido el maestro Garrido Falla en cuanto a su inclusión en el ámbito del control contencioso administrativo.

I. En primer término, teniendo en cuenta que el objeto del contencioso administrativo -al menos del recurso de anulación, principal medio de impugnación- es siempre un acto administrativo, debemos referir las tendencias jurisprudenciales que se derivan de las decisiones adoptadas por los tribunales de esta especial jurisdicción quienes han procurado la ampliación de sus competencias atendiendo a la noción misma del acto administrativo.

La noción subjetivista de la Administración ha sido en este sentido utilizada por la jurisprudencia, como un criterio que ha permitido igualmente la ampliación del contencioso desde que mediante su aplicación se han incluido todos los actos emitidos por órganos administrativos independientemente de que la función ejercida pueda considerarse de

naturaleza jurisdiccional o normativa, pues la circunstancia de haber sido producida por una Administración en sentido orgánico, en ejecución de competencias legales, se ha estimado que da lugar a un acto administrativo.

De tal manera que -como lo estableció la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa en sentencia de fecha 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo- *"Cuando la Administración Pública emite actos de sustancia jurisdiccional, estos actos, no obstante su expresada sustancia, son actos administrativos, debiendo ser tratados como tales, sin perjuicio de las notas específicas que les correspondieren por su referido carácter jurisdiccional"*

Aun cuando también en Venezuela tenemos una definición legal enmarcada dentro de la concepción subjetivista de la Administración (artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), ello no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia, en el ánimo de someter a control judicial todas las actuaciones de los órganos del poder público, haya recurrido al criterio funcional para definir igualmente el acto administrativo. Con base a ello, también en nuestro país se incluye como materia del contencioso los actos vinculados a la administración de personal dictados por los órganos judiciales y por el órgano legislativo¹.

No ha sido, sin embargo en nuestro país, este criterio material -como si lo refiere al caso español el profesor Garrido Falla- lo que ha permitido incluir en el ámbito del contencioso los actos dictados por los organismos constitucionales, pues la jurisprudencia nacional ha considerado tales órganos como administraciones públicas con autonomía funcional (Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa en fecha 6 de agosto de 1991, caso: Iván Hernández Gutiérrez y en Sala Plena en fecha 8 de agosto de 1989, caso nulidad del artículo 2, numeral 6 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios).²

1. Véase, al respecto: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 30 de junio de 1986 (Caso Maritza Josefina Alvarado).

2. En el fallo de la Sala Político-Administrativa se establece que el Consejo de la Judicatura es "...al igual que la Contraloría General de la República y el Ministerio Público uno de esos órganos de jerarquía constitucional integrado en la Administración Pública Nacional, pero con autonomía funcional frente a ésta..."



El criterio funcional, de otra parte, ha permitido una importante ampliación del ámbito del contencioso administrativo, al dar lugar a la doctrina de los llamados "actos de autoridad", conforme a la cual se conciben como actos administrativos, los emitidos por particulares habilitados por ley -o por la administración, en caso de delegación-³ para ejecutar una competencia administrativa.⁴

La doctrina de los "actos de autoridad" ha sido vinculada en los últimos tiempos a la necesaria existencia de una norma atributiva de competencia, pues debemos reconocer que en su elaboración jurisprudencial se produjeron algunas ampliaciones ajenas a la noción del acto administrativo en atención a los criterios de la doctrina -orgánico, material o formal-, cuando se llegó incluso a admitir como objeto de recurso las decisiones relativas a la materia de personal de estos entes privados.⁵

Hoy, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo -en sintonía con los criterios del máximo tribunal- ha delimitado esta ampliación derivada de los actos de autoridad a los exclusivos supuestos

Por su parte, en la decisión de la Corte en Pleno se señaló: "Puede colegirse, por consiguiente, que en el sistema constitucional venezolano, la Administración Central o Descentralizada de la República, no agota el universo de la Administración Pública Nacional, en cuyo concepto aparecen integrados los órganos o administraciones con autonomía funcional que prevé la Constitución, entre éstos, el Consejo Supremo Electoral, el cual aunque creado por la Ley Orgánica del Sufragio, está dotado de autonomía funcional conforme a lo previsto en el artículo 113 de la Carta Magna."

3. La posibilidad de que la competencia sea delegada de la administración al particular parece derivarse de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa de fecha 6 de mayo de 1993, caso: Ruperto Machado Silva y otros, en la cual se lee: "Es requisito indispensable para que un acto emanado de un particular pueda ser tildado de "administrativo", que el mismo -a más de atender a la satisfacción de intereses colectivos- haya sido dictado en ejecución de un texto legal o por virtud de un acto delegatorio anterior a él. No basta la sujeción ordinaria del particular a la Ley, antes bien, se precisa que el legislador o la propia administración le atribuya a aquél en forma específica el ejercicio de la función administrativa" Claro está, en este supuesto deberán cumplirse las formalidades y requisitos de la delegación intersubjetiva.
4. Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fechas 18 de febrero de 1986, caso: Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela; 18 de noviembre de 1986, caso: Ramón Escovar León contra Universidad Católica Andrés Bello; 24 de marzo de enero de 1988, caso: Marino Recio contra Bolsa de Valores de Caracas; y sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de mayo de 1988, caso: Universidad Santa María.
5. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 9 de febrero de 1994, caso: Norma Carrasquel de García y otros contra Universidad Católica Andrés Bello.

en que la actuación del ente privado es el resultado de la aplicación o ejecución de una norma atributiva de una potestad pública.

Y es, precisamente, este aspecto -el ejercicio de una potestad pública- la piedra angular sobre la cual han apoyarse los criterios definidores del acto administrativo, de tal manera que bien se trate o no de una Administración Pública en sentido orgánico, es la atribución de una competencia lo que determina que el acto que resulte de la ejecución de dicha potestad sea considerado un acto administrativo a los fines de su sujeción al control de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello, pueden producirse dos situaciones extremas al pretender definir el acto administrativo, como sería la de excluir actuaciones de los órganos administrativos, cuando éstos en atención a la actividad que estén llamados a cumplir (vgr. de gestión económica) no ejecuten competencia alguna o, por el contrario, la de incluir actuaciones realizadas por particulares, cuando por expresa habilitación legal, ejecuten competencias administrativas.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa ha resumido estas tendencias jurisprudenciales que conducen a determinar el ámbito del contencioso administrativo en Venezuela, al afirmar:

“Reconoce esta Sala que en la actualidad, las transformaciones ocurridas en torno a las funciones del estado han impuesto la ampliación del ámbito del recurso contencioso administrativo. Como quiera que este proceso judicial tiene indefectiblemente por objeto un acto administrativo (artículo 206 Constitucional), la referida ampliación apareja idéntica consecuencia respecto de la noción de acto administrativo. Ciertamente, la laxitud de la noción de acto administrativo ha permitido a la doctrina y jurisprudencia estimar viable el sometimiento al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, de actos que con anterioridad -y como consecuencia de una restricción formal u orgánica de su concepto- escapaban de tal control”.

“En efecto, se propugna abandonar criterios unívocos y adoptar otros más flexibles para caracterizar un determinado acto como administrativo. En tal virtud, puede ahora sostenerse con razón, que el control jurisdiccional ejercido por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se extiende no sólo sobre los actos dictados por los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal, Centralizada o Descentralizada, sino también respecto de los emanados



de cualquier organismo, público o privado, que haya sido válidamente facultado por la Ley o por el órgano competente para proveer a la satisfacción de los intereses colectivos, o lo que es lo mismo, para ejercer funciones administrativas”⁶

Resume sin duda esta decisión, las tendencias jurisprudenciales acerca de la definición de actos administrativos, sobre la base de la aplicación de los criterios doctrinarios -orgánico, material o formal- siempre con fundamento en que dicho acto ha de ser la ejecución de una norma que atribuya el ejercicio de función administrativa.

2. Dentro del estudio del acto administrativo expreso, como materia del recurso, ha planteado el profesor Garrido Falla el tema de los actos políticos del Gobierno.

Sin duda que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestro texto constitucional en el artículo 69, y la norma constitucional que consagra el principio de legalidad como base fundamental del estado de derecho (artículo 117), son fuente de inspiración para someter aún los actos de naturaleza política al control jurisdiccional.

Debemos, no obstante, hacer obligada referencia a la noción de "acto de gobierno" elaborada en Venezuela por la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, conforme a la cual se consideran actos de esa especie aquellos de índole eminentemente política y que además son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley.⁷ Y, es por tal razón, que la fiscalización jurisdiccional de dichos actos es de naturaleza constitucional.

En todo caso, el carácter discrecional de este tipo de actividad también puede encontrarse presente en la actividad administrativa, y en tal sentido, nuestra jurisprudencia, inspirada en los principios que informan el control de los actos discrecionales de la Administración, ha establecido el control jurisdiccional de los actos de gobierno.

Derivado de la garantía del principio de la legalidad -invocado por el Profesor Garrido Falla como uno de los fundamentos del control

6. Sentencia de fecha 6 de marzo de 1993, Caso: Ruperto Machado Silva y otros.

7. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa de fecha 21 de noviembre de 1988, caso: Jorge Olavarria y sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte el Pleno de fecha 30 de marzo de 1993, caso: Hernán Gruber Odremán y otros.

jurisdiccional de este tipo de actos- y con vista al principio de la supremacía de la Constitución ⁸, la Corte Suprema de Justicia concluyó que:

"... es indiscutible para esta Corte que las actuaciones de la rama ejecutiva del Poder Público, a tenor del artículo 117 de la Constitución que consagra el principio de la legalidad ("La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio"), están sujetas por imperio de la Carta Fundamental, a la Ley en su sentido más amplio y por ende, a revisión judicial: constitucional en aplicación del artículo 215, ordinal 6 eiusdem y contencioso administrativo por previsión del artículo 206 ibídem.

Luego, en Venezuela, el problema de los actos de gobierno no se contrae a una categoría jurídica revestida de inmunidad jurisdiccional, pues como se ha visto, existe frente a éstos la posibilidad de recurrirlos con base en una garantía constitucional. La cuestión se circunscribe entonces al mayor o menor grado de sujeción al cuerpo normativo, asunto atinente a la competencia reglada y al poder discrecional del funcionario que, en ejecución de la Ley Fundamental, dicta el acto." ⁹

Sobre la revisión de los actos discrecionales -aplicable a los actos gubernativos, dada "su esencia mayormente discrecional" ¹⁰, nuestra jurisprudencia ¹¹ ha establecido el control por parte del juez contencioso administrativo en función de los elementos del acto, de tal manera que la competencia, la forma, la legalidad del objeto y la finalidad del acto están

8. Este principio se pone de manifiesto en sentencia del Máximo Tribunal del 15 de marzo de 1962, caso: Municipalidad del Distrito Federal en la cual se afirma: "...la existencia del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Público por parte del más Alto Tribunal de la República ha sido tradicional en Venezuela, y es indispensable en todo régimen que pretenda subsistir como Estado de derecho. Porque la inconstitucionalidad es siempre antijurídica y contraria al principio que ordena al Poder Público, en todas sus ramas, sujetarse a las normas constitucionales y legales que definen sus atribuciones. Lo inconstitucional es un atropello al derecho de los ciudadanos y al orden jurídico en general, que tiene su garantía suprema en la Ley Fundamental.
9. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, de fecha 30 de marzo de 1993, caso: Hernán E. Gruber Odremán y otros.
10. Así se indica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de marzo de 1993, caso: Hernán Gruber Odremán y otros ya citada).
11. Reiterando los criterios expuestos en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de noviembre de 1982, caso: Depositaria Judicial.



sujetos a la fiscalización jurisdiccional. Asimismo, respecto de los motivos, se ha precisado que sólo están excluidos del control contencioso aquellos de carácter eminentemente político o discrecional, Por lo que “ ... sí le está permitido en cambio al órgano jurisdiccional proceder al examen de la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión gubernativa”¹²

Nótese que en Venezuela, al igual que en España, la sujeción de los actos de gobierno al control jurisdiccional, tiene como fundamento el principio de la legalidad. Mas el interesante planteamiento que formula el Profesor Garrido Falla en cuanto a la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva como elemento sustentador del control judicial de este tipo de actos, operaría entre nosotros como una restricción a los avances jurisprudenciales acerca de la posibilidad de controlar los actos gubernativos o de naturaleza discrecional.

En efecto, el punto de vista del titular de derechos subjetivos o intereses legítimos violados por la actividad del Poder Ejecutivo, como el único que debe prevalecer a los efectos de la admisibilidad del recurso contencioso administrativo contra acto gubernativo, se contraponen al carácter popular de la acción cuando el acto no se traduzca en una afectación de derechos subjetivos o intereses legítimos. Y es lo cierto que en nuestro caso, también respecto de los actos de gobierno se aplican las reglas generales sobre legitimación, de tal manera que el carácter general del acto habilita a cualquier persona capaz, sin que se requiera un interés personal, legítimo y directo, para impugnarlo.¹³

3. Comenta igualmente el Profesor Garrido Falla, como materia del contencioso administrativo, la llamada “inactividad de la administración”, respecto de la cual conviene, a los fines de analizar el tratamiento que a este tema se le da en Venezuela, distinguir entre dos modalidades de inactividad: la abstención y la omisión.

12. Ibidem.

13. Así lo declaró expresamente la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 10 de julio de 1990, caso: José Guillermo Andueza, por aplicación del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En el caso, se impugnaba un acto de gobierno dictado por el Congreso (Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena).

3.1. La abstención, entendida como el incumplimiento de una obligación concreta y precisa inscrita en una norma legal, ocurre cuando, verificado el supuesto de hecho previsto en la norma, la autoridad administrativa se niega a deducir la consecuencia que el texto legal impone.¹⁴

Para este tipo de inactividad, la legislación nacional prevé un medio de impugnación específico, como es el recurso por abstención,¹⁵ que tiene por objeto un pronunciamiento judicial sobre la obligatoriedad para la administración de producir un determinado acto.¹⁶ Trátase en consecuencia de la posibilidad de hacer cumplir una norma de relación, a requerimiento del titular del derecho subjetivo, y a estos efectos el juez contencioso está dotado de poderes suficientes para emplazar a la Administración para que realice la actuación omitida e incluso sustituirse en la Administración, dictando el acto debido.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia en esta materia, cuando lo que se persigue es "... que un determinado organismo administrativo cumpla una prestación, porque a ello está obligado, por ley, los interesados pueden optar por el recurso de abstención porque en éste, de no cumplir voluntariamente la Administración, el Tribunal Contencioso Administrativo puede suplir la conducta omitida, sustituyéndose, dentro de sus poderes de ejecución de sus propios fallos, a la propia Administración remisa y rebelde.¹⁷

3.2. De otra parte, distingue la jurisprudencia nacional entre abstención y la inactividad genérica u omisión, que se configura siempre que la Administración incumple el deber genérico de oportuna respuesta que el

14. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa de fecha 28 de febrero de 1985, caso: Eusebio Igor Vizcaya Paz.

15. Artículos 42, numeral 23 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

16. "Lo determinante, es pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso Administrativo, el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar." Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 29 de octubre de 1987, caso: Alfredo Yanucci contra Municipio del Distrito Sucre del Estado Miranda.

17. *Ibidem*.



Texto constitucional¹⁸ y la Ley¹⁹ le impone. A diferencia de lo que acontece con la abstención, en estos casos, la respuesta de la Administración no obedece a la aplicación de una consecuencia jurídica, previa la verificación de la ocurrencia real del supuesto de hecho previsto en la norma. Esta omisión puede constituirse en objeto del recurso, pero para ello no basta la utilización de los mecanismos para convertir la inactividad material en actividad formal, pues será siempre necesario que -en cualquier etapa del procedimiento administrativo- se hubiere dictado una decisión expresa.

En este sentido, el mecanismo del silencio administrativo, previsto en un principio en la legislación venezolana en referencia al acto que habría de poner fin a la vía administrativa -presupuesto para acceder al contencioso-²⁰ interpretado como un beneficio procesal que asegura al administrado la garantía jurisdiccional²¹ ha sido también consagrado para todas las fases del procedimiento administrativo.²²

Si bien tal consagración planteó la posibilidad de acoger la teoría del acto presunto, la jurisprudencia se ha encargado de darle la misma naturaleza -beneficio procedimental- al considerarse impedido el acceso al contencioso cuando la inactividad se hubiere prolongado en todas las fases del procedimiento.

En sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se establece este criterio al afirmarse que:

“...limitada como se encuentra, en general, la competencia del juez en lo contencioso a la anulación del acto administrativo contrario a derecho, en el caso del silencio de la Administración interpretado por la ley como respuesta negativa a ésta, sólo puede el juzgador entrar a conocer de una acción fundamentada en ese silencio, cuando el mismo se ha dado precisa y solamente respecto de la no resolución del correspondiente recurso administrativo. Mas,

18. Artículo 67.

19. Artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

20. Artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

21. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de junio de 1982, caso: Ford Motors de Venezuela.

22. Artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

cuando un tal silencio ocurre, como en el caso de autos, en relación con la solicitud formulada a una autoridad administrativa para que emita un acto, no tiene la Sala, obviamente, acto alguno que anular, ni puede tomar una decisión creadora del mismo -que es la competencia, sin duda, de otro poder del Estado- sin violar el principio de la separación de poderes".²³

El criterio anterior fue ratificado en decisión de fecha 11 de julio de 1991, cuando se expresó que "La Omisión persistente de la Administración -en el proceso formativo y en el de revisión de su Propia sede- impide al administrado obtener pronunciamiento expreso frente a su petición y con ello imposibilita que la jurisdicción contencioso-administrativa tenga materia sobre la cual decidir." En este caso, sólo quedaría al administrado la vía extraordinaria del amparo contra la omisión que tendría por objeto obligar a la Administración a dictar una decisión expresa que, de ser contraria a los intereses del administrado, sería el objeto de un ulterior recurso contencioso de anulación.²⁴

Con tal interpretación acerca del silencio administrativo, cuando el Procedimiento administrativo conste de una sola instancia -lo que acontece siempre que el procedimiento constitutivo pone fin la vía administrativa- no tendría utilidad alguna el efecto negativo del silencio, ya que en estos casos el interesado no puede replantear el "asunto" ante ningún órgano administrativo, ni podría -por no existir materia impugnabile- interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación.

4. Finalmente, dado que se ha tratado el aspecto de las vías de hecho y del acto tácito, conviene referir la tendencia jurisprudencial acogida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, conforme a la cual, en consonancia con los criterios aplicados al caso del silencio administrativo, cuando lo que pretende atacarse es una actuación material de la administración, el recurso de nulidad resulta inadmisibles por no existir un acto administrativo que anular.²⁵

23. Sentencia de fecha 9 de mayo de 1988, caso: Redimac.

24. Sentencia de la Sala Político-Administrativa en el caso: José Emisael Durán Díaz.

25. Sentencia de fecha 15 de febrero de 1995, caso: Beatriz Prato Rivas.

**LA DEFENSA DEL CIUDADANO
FRENTE A LAS VIAS DE HECHO DE
LA ADMINISTRACION**



LA DEFENSA DEL CIUDADANO FRENTE A LAS VIAS DE HECHO DE LA ADMINISTRACION

**Por Manuel Rachadell
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela**

I. INTRODUCCION

El profesor Garrido Falla ha presentado una ponencia sobre "El Ambito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España" y, además, ha realizado una amplia y pedagógica exposición sobre la materia contencioso administrativa. En su ponencia, el profesor Garrido Falla plantea, en forma condensada, los hitos resaltantes de la evolución reciente del contencioso administrativo español, así:

En primer lugar, analiza las innovaciones que en esta materia introdujo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1.956 y que, en general, se tradujeron en un mayor control sobre la legalidad de los actos de la Administración.

En segundo lugar, reseña la ampliación del ámbito de la jurisdicción como consecuencia de leyes posteriores a la promulgación de la Constitución democrática de 1.978, en particular de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.985, conforme a la cual se someten a impugnación, en vía contencioso administrativa, los actos administrativos emanados del Poder Judicial y del Poder Legislativo, que anteriormente estaban excluidos de este control.

En tercer lugar, considera la forma en que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han contribuido a precisar y a ampliar el ámbito de la jurisdicción en relación a tres cuestiones:

- 1º los actos políticos del Gobierno;
- 2º la llamada "inactividad de la Administración", y
- 3º las actuaciones materiales o "vías de hecho".

La doctora María Amparo Grau ha realizado interesantes comentarios sobre los dos primeros aspectos de la ponencia del profesor Garrido Falla, por lo cual me referiré particularmente a las cuestiones que se suscitan en relación al control jurisdiccional sobre las vías de hecho.

A estos efectos consideraré, en primer lugar, la formulación de la teoría de las vías de hecho en el derecho francés; en segundo lugar, las controversias que se han suscitado en España sobre esta cuestión y, en tercer lugar, el tratamiento legal y jurisprudencial de las vías de hecho en nuestro ordenamiento jurídico.

II. LA VIA DE HECHO EN EL DERECHO FRANCES

La teoría de la vía de hecho es una construcción de la jurisprudencia francesa y se plantea como un capítulo dentro del complejo problema de la repartición de competencias entre la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa.

En efecto, la competencia general para juzgar las actuaciones de la Administración pertenece a la jurisdicción administrativa (cláusula general), pero en ciertos casos particulares se extiende la competencia a la jurisdicción judicial.

Por razones históricas (desconfianza hacia la jurisdicción administrativa), desde el siglo pasado se ha considerado en Francia que la autoridad judicial protegería los derechos esenciales de las personas mejor que el juez administrativo (Véase: André de Laubadère: *Traité Elementaire de Droit Administratif*. L.G.D.J., París. 1967, Tomo I, p. 411). En tal sentido, el Tribunal de Conflictos decidió en sentencia del 13 de diciembre de 1.947, que “La Salvaguarda de la libertad individual y la protección de la propiedad privada entran esencialmente en las atribuciones de la autoridad judicial” (caso Hilaire). En la Constitución francesa vigente, el artículo 66, inciso 2, califica a la autoridad judicial como “guardiana de la libertad individual”.

De estos principios se han deducido reglas de atribución de competencias que se expresan en la teoría de la ocupación (*emprise*) y en la teoría de la vía de hecho.



La teoría de la ocupación entra en juego cuando se trata de una propiedad inmobiliaria, y se atenta contra esa propiedad mediante una desposesión que hace un ente administrativo.

La vía de hecho se produce cuando, en cumplimiento de una actividad material de ejecución, la Administración comete una irregularidad grosera que lesiona el derecho de propiedad o una libertad pública (De Laubadère, p. 415).

En forma ordinaria, los actos de la Administración que lesionan a los particulares pueden ser atacados ante la jurisdicción administrativa mediante el ejercicio de los recursos de anulación y de indemnización. Pero, ha señalado Rivero que “más allá de un cierto grado de irregularidad, la administración es considerada como apartada del cumplimiento de su función. Su actuación no aparece más como el ejercicio de una de sus atribuciones, sino como un puro hecho material, desprovisto de toda justificación jurídica. Ella no puede entonces prevalerse del privilegio de separación y de la competencia administrativa: el acto ha perdido todo carácter administrativo, está *desnaturalizado*, es al juez judicial a quien corresponde, por consiguiente, asegurar la protección al particular” (Jean Rivero: *Derecho Administrativo*, E.J.V. Caracas, 1.984, p. 192). Agrega Rivero, que el vicio jurídico debe ser suficientemente grave como para desnaturalizar la operación: “una simple ilegalidad no basta para hacerle perder a la operación su carácter administrativo. En la práctica, la irregularidad puede radicar, sea en la decisión ejecutada, sea en la operación misma de la ejecución: *la vía de hecho resulta, o bien de la ejecución de una decisión manifiestamente irregular, o bien de la ejecución manifiestamente irregular de una decisión*” (op. cit. p. 193, resaltado del comentarista).

En el primer caso, dice Rivero, “la decisión debe ser insusceptible de vincularse con la aplicación de un texto legislativo o reglamentario”; en el segundo, “se vincula con la teoría de la ejecución forzosa; la administración no puede ejecutar por la fuerza sino en condiciones precisas”.

Para Michel Debary (*La Voie de Fait en Droit Administratif*, L.G.D.J. París, 1.960), existen tres casos de vías de hecho:

1. Vía de hecho que resulta de la inexistencia de la decisión ejecutoria.
2. Vía de hecho que resulta de un vicio en la ejecución.
3. Vía de hecho que resulta de la inexistencia de la decisión de ejecución”.

En esta clasificación, Debary acoge la proposición de Desgranges, expresada en su tesis de grado *“Ensayo sobre la noción de vía de hecho administrativa”* (Paris, 1937), de distinguir entre la decisión ejecutoria y la ejecución, así: “La decisión ejecutoria sería la manifestación de voluntad de la administración; la ejecución consistirá en el empleo de medios materiales que modifican de hecho la situación anterior del administrado”.

En estos casos, apunta De Laubadère, el juez judicial no tiene, en la materia, la competencia exclusiva:

“Cuando la vía de hecho resulta del carácter gravemente irregular de la decisión ejecutada, la constatación de esta irregularidad puede ser hecha indiferentemente por el juez judicial o por el juez administrativo, cuando se interpone ante éste el recurso por exceso de poder. La irregularidad en cuestión hace de la decisión que ella ataca un acto *“nul et non avenu”*, es decir, inexistente, y esta inexistencia puede ser constatada por cualquier juez” (*op. cit.* p. 420).

La cuestión de si se admite o no la categoría de “actos inexistentes” ha sido ampliamente debatida en la doctrina y la tendencia dominante ha sido la de no considerar esta clase de actos, porque cuando el acto tiene una mínima apariencia, siempre es necesario que una autoridad declare su nulidad. No obstante, con motivo de la teoría sobre la vía de hecho, Weil se pregunta si no asistimos a “una resurrección de la teoría de la inexistencia de actos administrativos” (Dalloz, *Chronique*, 1.959, p. 48). Pero la relación entre acto inexistente y vía de hecho no se da siempre, pues como lo han señalado Aubry y Drago, “ni todos los actos que pudieran calificarse de inexistentes constituyen desde el ángulo de su ejecución vías de hecho, ni todos los actos generadores de vías de hecho son inexistentes” (2ª edic. Paris, 1.975, Tomo I, p. 478 y ss, cit. por Jesús González Pérez. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Editorial Civitas, Madrid, 1.977, p. 610).

“En definitiva -concluye De Laubadère- la administración, en la hipótesis de la vía de hecho, se encuentra en cierto modo desprovista de reglas de protección jurisdiccional de derecho administrativo; ella está sometida al control del juez en las mismas condiciones que un simple particular” (*op. cit.* p. 420).

De allí se sigue que se rompe el principio tradicional en Francia de que la Administración, independiente del juez (judicial), no puede recibir órdenes



de éste, tal como lo ha destacado Jean Marie Auby, Robert Ducos-Ader y Jean-Bernardo Auby, quienes agregan que “el juez judicial puede prevenir la vía de hecho prohibiendo por anticipado a la administración recurrir a la ejecución irregular” (Véase: *Institutions Administratives*. Précis Dalloz. Paris, 1989, p. 360).

III. LA VÍA DE HECHO EN ESPAÑA

La cuestión de la vía de hecho se ha planteado en España en forma diferente.

En el artículo 100. I de la ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se establecía que: “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico”. Con respecto a esta norma, Jesús González Pérez ha señalado que: “...si en todo caso se exige el acto legitimador de la actuación material, la formación de éste es distinta en los supuestos de ejecución forzosa y de ejecución directa. Pues mientras que en los primeros es la decisión final de un procedimiento administrativo previo, en los segundos es una simple orden de ejecución o puesta en aplicación de la fuerza” (*Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Editorial Civitas, Madrid, 1977, p.591).

Cuando la actividad administrativa afecta los derechos posesorios de una persona, mediante vías de hecho, es admisible el interdicto. Ello se desprende de la interpretación *a contrario sensu*, del artículo 103 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, conforme al cual: “No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido”. De allí que la vía de hecho se produce en los supuestos de incompetencia manifiesta y de ausencia del procedimiento legalmente establecido. Este último caso ha sufrido matizaciones por la jurisprudencia, tal como nos informa el profesor Garrido Falla en su ponencia: el interdicto previsto en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa no es utilizable para paralizar obras públicas ya en marcha (Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, del 21 de diciembre de 1.993).

No obstante, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa no se ha formulado una teoría sobre la vía de hecho, de alcance general.

En el caso de acto la entrada ilegal de la fuerza pública en el recinto conventual de los Frailes Menores Capuchinos de Cataluña, en marzo de 1.966, donde se procedió al desalojo de estudiantes, sin que se dictara un acto administrativo que justificara la actuación material, el Tribunal Supremo, al que se le pidió que declarara ilegal la actuación de la fuerza pública, declaró la inadmisibilidad del recurso, “por falta de acto administrativo”.

En otro caso, citado en la ponencia del profesor Garrido Falla, cuando el Ayuntamiento de Madrid procedió a la apertura de una calle pública sobre terrenos privados, sin acto administrativo previo, el Tribunal Supremo declaró con lugar la demanda en septiembre de 1.990, por considerar que: “Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento y la ha habido también porque tampoco ha habido acto administrativo previo...”.

En el caso del Pantano de Riaño, analizado por el profesor Garrido Falla en su ponencia, referido al desalojo de vecinos del pueblo de sus respectivas viviendas, mediante actuaciones materiales, la jurisdicción contencioso administrativa se declaró incompetente por considerar “que no había acto administrativo”. En cambio, el Tribunal Constitucional que conoció del asunto por recurso de amparo, acordó la protección solicitada en sentencia del 18 de julio de 1.991, por estimar que los actos de la Administración son expresos, lácitos y presuntos y en ellos debe incluirse las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho. “Frente a una actuación material de la Administración -se dice en la sentencia- sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia* de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, o, si no es así concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica”.

Como puede observarse, en España la jurisdicción administrativa, ha aplicado la teoría de la vía de hecho en el ámbito de la garantía de la propiedad privada, es decir, en el aspecto que los franceses engloban bajo la teoría de la ocupación.



Conforme a la doctrina, las posibilidades de defensa de los particulares son amplias. En este sentido han señalado Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández que:

“Ante una actuación de la Administración constitutiva de una vía de hecho cabe, pues, utilizar tres tipos de instrumentos: todas las acciones declaratorias reconocidas con carácter general por el derecho común y las previstas en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; en especial, las acciones interdictales; y, por supuesto, los recursos administrativos y contencioso-administrativos” (*Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Caracas, Madrid, 1.981, Tomo I, P. 690).

En relación a la protección de las libertades públicas frente a las vías de hecho, si bien en teoría no existen dificultades para su aplicación, pues en la Ley 10/1.992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, se ha mantenido la exigencia de que las actuaciones materiales de la Administración que limiten derechos de los particulares deben estar respaldadas por una decisión previa (art. 93), la jurisdicción contencioso administrativa continúa renuente a admitir la nulidad de actuaciones materiales.

En cuanto a la actuación de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, ha señalado González Pérez que: “Sin embargo, hoy por hoy, la actuación de nuestros Tribunales ordinarios ha sido nula en orden a la defensa de las libertades por la teoría de la vía de hecho” (op. cit. p. 614).

Sobre este aspecto han observado García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández que:

“El problema ha radicado, sin embargo, hasta hace poco tiempo en la inexistencia de una técnica específica de protección de eficacia semejante a la de los interdictos en el ámbito patrimonial. La L.P.J.D.F. (Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona) ha venido a llenar esa laguna habilitando un proceso contencioso-administrativo sumario para la protección de los derechos fundamentales de la persona eventualmente lesionados por la Administración, con el que gracias a la supresión de la vía administrativa previa (art. 7.1), a la inversión del *criterium general* que rige en materia de suspensión de la eficacia del acto lesivo (art. 7, apartado 4 y 5), como ya vimos en el Capítulo X, y a la urgencia y sumariedad misma del procedimiento, es posible obtener un amparo efectivo e inmediato.

Una vez agotada esta vía, queda todavía el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, recurso disponible para “toda persona que invoque un interés

legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal” (art. 162.1, b) de la Constitución)” (op. cit. p. 691).

Observamos, por una parte, que la protección de los derechos fundamentales que se solicita de la jurisdicción contencioso administrativa en España se refiere al supuesto de “actos lesivos”, por lo cual la cuestión de las actuaciones materiales ilícitas sigue planteado. En cambio, el amparo que otorga la jurisdicción constitucional no distingue entre actos y hechos, de allí que este mecanismo ofrece amplísimas posibilidades de detener los abusos del poder, cuando éste incurre en vías de hecho. No obstante, debemos recordar que en España el recurso de amparo contra los actos y actuaciones de la Administración, que se intenta ante el Tribunal Constitucional, debe estar precedido del agotamiento de la vía judicial contencioso-administrativo, por lo cual ha afirmado Brewer que “En España, el recurso de amparo se configura como un recurso revisor de sentencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos” (Véase *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, E.J.V., Caracas, 1988, p. 21). La diferencia de enfoque en cuanto al control judicial de las actuaciones materiales de la Administración entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional conduce a menudo a que la protección que solicita el particular frente a vías de hecho de la Administración, sea negada por aquélla y concedida por ésta, cuando lo procedente es que el remedio sea aplicado desde el primer momento y no en forma tardía o inoportuna.

Por otra parte, consideramos que la Jurisdicción Contencioso Administrativa puede superar las dudas y vacilaciones que ha tenido e incorporarse a la defensa efectiva de las libertades públicas frente a las vías de hecho, si en definitiva se aprueba el artículo 24-2 contenido en el Proyecto de Ley reguladora de dicha jurisdicción, conforme al cual:

“También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vías de hecho, en los términos establecidos en esta ley”.

No podemos dejar de señalar la circunstancia de que en España parece necesaria una norma expresa para que los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa puedan censurar las vías de hecho, mientras que en Francia la teoría de la vía de hecho ha sido creada por la jurisprudencia, sin texto expreso, la cual ha determinado que, cuando la



Administración acude a las vías de hecho, cualquier tribunal -incluso los de la jurisdicción administrativa- pueden conocer del asunto, restablecer las situaciones subjetivas lesionadas y emitir prohibiciones dirigidas a la Administración.

IV. LA VIA DE HECHO EN VENEZUELA.

Aún cuando en Venezuela las actuaciones de los órganos de la Administración Pública con cierta frecuencia lesionan derechos de particulares mediante vías de hecho, no se ha formulado hasta ahora una teoría general sobre esta materia.

Para analizar el tratamiento a la vía de hecho por los tribunales venezolanos debemos comenzar por señalar que la cuestión se ha debatido desde fines del siglo pasado, en relación a un aspecto específico: la posibilidad de intentar interdictos posesorios contra la Administración. Sobre esta cuestión se recuerda la controversia entre Julián Viso y Luis Sanojo, en la que el primero, con fundamento en la separación de poderes, negaba inicialmente la protección jurisdiccional, mientras que el segundo la admitía, con base en que "los Tribunales son competentes para amparar al ciudadano que ocurre a ellos en busca de reparación contra las arbitrariedades del poder ejecutivo". (Véase: Leonardo Certad: *La Protección Posesoria y el Interdicto Restitutorio*. Gráficas León, Caracas, 1980). La polémica culminó con un acercamiento de posiciones entre ambos juristas, mediante la formulación de una tesis intermedia o mixta, conforme a la cual el interdicto no procedía cuando el Estado actuaba "*iure imperii*", mientras que se admitía frente a la actuación pública "*iure gestionis*", tesis ésta que se enraizaba con la teoría de la doble personalidad del Estado, entonces en boga, y que fue adoptada por nuestra Casación. En la actualidad, son procedentes los interdictos frente a la Administración, sin distinción entre la naturaleza de la actuación lesiva, cuando se priva al propietario del goce de su propiedad sin llenar las formalidades legales, conforme lo dispone el artículo 4º de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (Véase: Pedro Miguel Reyes: "*La procedencia de interdictos frente a la actividad administrativa*", en Revista de Derecho Público, E.J.V. Nº 14, Caracas, 1.983).

Ahora bien, en cuanto a las lesiones que puedan infringir los órganos públicos a los derechos y garantías de los ciudadanos, mediante vías de hecho, la cuestión se plantea en forma diferente si se acude al procedimiento contencioso administrativo o a la acción de amparo.

1. La vía de hecho en la jurisdicción contencioso administrativa

En Venezuela, el control de las actuaciones públicas por la jurisdicción contencioso administrativa tiene su fundamento en el artículo 206 de la Constitución, conforme al cual:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

De esta norma se derivan dos ámbitos para la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa: el contencioso de anulación y el contencioso del restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas.

En relación al contencioso de anulación, la Constitución se refiere a “los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho”, mas no a las actuaciones materiales de la Administración.

En tal sentido, cita Brewer una sentencia de la antigua Corte Federal, del 2 de junio de 1.958, donde se sostiene: “Son las decisiones de la Administración Pública y no sus hechos los que pueden impugnarse por recurso jurisdiccional con el fin de lograr su revocación o anulación. Los hechos pueden ser causa de un interdicto, o de una indemnización por daños y perjuicios, o de una denuncia o acusación penal; pero es imposible aceptar que puedan ser fundamento de tal recurso jurisdiccional o administrativo” (Véase: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho. U.C.V. Caracas, 1964, p. 401).



La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, texto que, además, regula transitoriamente la jurisdicción contencioso administrativa, exige que exista un acto para que pueda solicitarse su nulidad, así:

En el artículo 84, ordinal 5º, se dispone que la demanda es inadmisibile “cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es inadmisibile”, es decir, si el acto emana de una autoridad que no es manifiestamente incompetente, si se ha agotado la vía administrativa, si no ha operado la caducidad.

En el artículo 113, *ejusdem*, se exige que “En el libelo de la demanda se indicará con toda precisión el acto impugnado...” y que “Junto con dicho escrito el solicitante acompañará un ejemplar o copia del acto impugnado...”.

Con fundamento en las disposiciones citadas, los tribunales de nuestra jurisdicción contencioso administrativa han declarado sistemáticamente la inadmisibilidat de los recursos de anulación si no existe un acto de la Administración que presuntamente lesione los derechos de los administrados.

Ahora bien, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos hay una norma inspirada en el modelo español -como prácticamente toda la ley- conforme a la cual “Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos” (art. 78). Se ha planteado, entonces, cuál es el remedio frente a las actuaciones materiales de la Administración si no han sido precedidas por un acto que las legitime. La jurisdicción contencioso administrativa, en general, ha considerado que la vía adecuada no es el recurso de anulación.

En un caso particular, sin embargo, ese criterio ha sido flexibilizado. En el año 1982 me correspondió conocer como juez accidental de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en segunda instancia, del caso de un funcionario que había sido excluido de la nómina del organismo, sin que se le notificara el acto de remoción o de retiro, y que solicitaba la nulidad del acto de remoción, la reincorporación al cargo que ejercía y el pago de los sueldos dejados de percibir. En esta oportunidad, la Corte Primera decidió

que había existido un acto tácito de remoción y que, como la Administración había actuado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, se declaraba la nulidad absoluta del acto, con los demás pronunciamientos del caso. Ese criterio se mantuvo por varios años, tanto en la Corte Primera como en el Tribunal de la Carrera Administrativa, hasta que se dictó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual hizo innecesaria la teoría del acto tácito.

El otro ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa es el de la condena a la Administración y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En este supuesto, el procedimiento se rige por las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia relativas a “las demandas en que sea parte la República”, aun cuando la pretensión de condena puede acumularse con la solicitud de anulación, en cuyo caso se sigue el procedimiento de anulación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131, *ejusdem*.

Ahora bien, el mecanismo de la demanda contra un ente público no es adecuado para hacer cesar las vías de hecho, por una parte, por la lentitud del procedimiento establecido en la ley, que en la práctica se extiende aún más, y por la otra, porque con ella se puede lograr la condena de la Administración al pago de sumas de dinero, mas no el restablecimiento inmediato u oportuno de las situaciones lesionadas por la actividad administrativa. Podemos señalar, de modo general, que entre nosotros no se ha desarrollado debidamente el contencioso de las demandas contra los entes públicos, ni siquiera frente a las actuaciones irregulares de la Administración, mucho menos en relación a la responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular, tal como lo ha destacado el joven y acucioso investigador Luis A. Ortiz Alvarez en su libro *La responsabilidad Patrimonial de la Administración* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995).

1. La Vía de hecho en la jurisdicción constitucional: la acción de amparo

En la Constitución de 1961 se dispone que:

“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.



El procedimiento será breve y sumario y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida” (art. 49).

No es la oportunidad para analizar las vicisitudes de la acción de amparo en nuestro país. Basta con señalar que este mecanismo no comienza a desarrollarse sino a partir de 1988, con la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En cambio, en un caso particular, el del amparo a la libertad personal, la Constitución reguló el procedimiento de *Habeas Corpus* en la Disposición Transitoria Quinta, por lo cual su aplicación fue inmediata.

En la ley que regula el amparo se dispone que “La acción de amparo procede contra cualquier *hecho*, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal” (art. 2º) y que “La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, *actuaciones materiales, vías de hecho*, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucional, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional” (art. 5º).

Ahora bien, cuando la violación o amenaza proviene de un acto administrativo, investido como está éste de una presunción de legitimidad, la jurisprudencia exigió que se interpusiera contra el acto el recurso contencioso administrativo de anulación. En tal supuesto, se previó en la Ley de Amparo lo siguiente:

“Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio” (art. 5º, aparte único).

En cambio, si la violación o amenaza proviene de una actuación material del órgano público, el amparo puede proponerse en forma autónoma.

En el caso Ganadería “El Cantón Vs. la República” (Ministerio de Agricultura y Cria) los actores alegaron *la vía de hecho* para solicitar el amparo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, debido a que la Dirección

General Sectorial de Política de Mercadeo expidió a la empresa la autorización para importar productos agropecuarios reservados al Gobierno nacional, y luego revocó dicha autorización sin procedimiento alguno y en infracción al derecho a la defensa.

La Corte Primera, en sentencia del 6 de septiembre de 1990, consideró que, “por vía de hecho se entiende la actuación de la Administración que produce la violación de un derecho o una garantía constitucionales” y que en el caso específico, se trataba de una decisión que, si bien adolecía de vicios de forma o de fondo, ello no le quitaba el carácter de acto administrativo, por lo cual no podía ser impugnado por el amparo autónomo.

En sentencia de 8 de marzo de 1991, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Luis H. Fariás Mata, revocó el fallo anterior y sentó los siguientes criterios:

“Consagrado en el artículo 19 (ordinal 4º) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el vicio conocido como “vía de hecho” de la Administración, es asimilado en ese texto legal a dos supuestos de infracción grosera de la legalidad, plasmados en la emisión del acto por “autoridades *manifiestamente* incompetentes, o con prescindencia *total y absoluta* del procedimiento”. Taxativos ambos en su formulación, ha entendido, sin embargo, la doctrina, que bien pueden ser incluidos dentro del respectivo “género” –representado por esos supuestos–, otros más específicos y equivalentes, como, por ejemplo, la supresión de la audiencia obligatoria del afectado por un acto represivo o el caso de los funcionarios de hecho, respectivamente. Ha asimilado asimismo la doctrina a la vía de hecho en la elaboración del acto administrativo, la grosera ilegalidad en que incurriere la autora del acto para la ejecución de uno, aún legalmente formado.

Pero lo relevante para el caso de autos es que el común denominador de esos supuestos de ilegalidad, elaborados por la doctrina y jurisprudencia contencioso-administrativa extranjera, encuentra su origen en violaciones de orden constitucional, al menos en los ordenamientos francés y español; y no se olvide sea dicho de paso- la marcada influencia de aquél en éste y de éste en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, por lo que respecta a la señalada fuente constitucional, la vía de hecho ha estado entroncada con la violación de garantías y derechos fundamentales, concretamente con los de la libertad, la defensa y la propiedad, este último, por cierto, no denunciado expresamente como infringido; de ahí que en el sistema francés tales infracciones, gravísimas, de la constitucionalidad convierten a la administración en reo de la vía judicial ordinaria, penal o civil; quedando aquélla privada, en consecuencia, del privilegio de ser juzgada por la especialísima jurisdicción del contencioso-administrativo y, con ello, despojada de sus prerrogativas.



En países como el nuestro en que -más bien recientemente- ha sido admitida legalmente la posibilidad de defensa directa e inmediata de los derechos y garantías fundamentales, a través del amparo y aun por encima de su juzgamiento en vía de ilegalidad -ejemplo: recurso contencioso-administrativo, conjuntamente accionado con el de amparo- y cuando, sobre todo, la infracción es admitida, expresa o implícitamente -como en el caso-, por la administración agravante; cabe entonces -a juicio de la Sala- también la sanción de la vía de hecho de la Administración, a través de la señalada acción autónoma de amparo, directamente y sin necesidad, incluso, de acudir ni al clásico recurso de ilegalidad con sus especiales características de suspensión de los efectos del acto, ni a la interposición conjunta de éste con el amparo cautelar. Así se declara, formalmente.

Violatoria de derechos y garantías constitucionales la señalada, e implícitamente reconocida por la Administración, vía de hecho proveniente de ésta, que fue notificada al interesado mediante oficio N° 1.129, del 10 de julio de 1990, pero carente de todo procedimiento -garantía del administrado, como repetidamente lo ha señalado la Sala- legal para emitir un acto administrativo, y proveniente la ilegal actuación del Director General Sectorial de Política de Mercadeo, la Sala considera, y así lo declara también expresamente que, de conformidad con el artículo 5° de la ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es procedente en el caso el ejercicio de una acción de amparo autónoma.

De la misma manera considera la Sala que, en el caso concreto, el amparo constitucional ejercido en forma autónoma constituye el medio más eficaz para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, dado el carácter breve y sumario de aquél; sin que ello obste a que, en circunstancias diferentes, la apariencia de legalidad que pudiere revestir la vía de hecho de la Administración, o la contradicción de ésta -que por vía de defensa hiciere la autoridad de la actuación impugnada- aconseje, o requiera más bien, el ejercicio del recurso contencioso-administrativo por ilegalidad, con su especial modalidad suspensoria de los efectos del acto; o de la interposición de éste, asociado al amparo cautelar. Así se declara, igualmente". (Véase la sentencia en Revista de Derecho Público N° 46, pp. 126 y 127)

La profesora Hildegard Rondón de Sansó, en su libro *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos* (Editorial Arte, Caracas, 1981, pp. 229 a 239) formula interesantes comentarios sobre la vía de hecho en el derecho comparado, sobre la jurisprudencia en el caso de Ganadería "El Cantón" y sobre la teoría de la inexistencia de acto administrativo. En sus conclusiones, la autora citada señala que, entre nosotros, la vía de hecho puede estar configurada en la siguiente forma:

"1° Puede estar constituida por una actuación material no sustentada por un acto formal; 2° Puede ser la actuación de un funcionario de hecho, esto es, no

debidamente investido; 3º Puede ser un acto despojado, en forma evidente, de los requisitos extrínsecos (competencia, forma y procedimiento) necesarios para su formación; 4º Puede ser un acto asumido mediante la violencia, esto es, mediante la requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión de individuos en actitud subversiva (artículo 20 de la Constitución); 5º Puede ser la ejecución de un acto, hipótesis en la cual la legitimidad del acto es irrelevante y lo que cuenta es la inexistencia de la misma en la forma de su ejecución”.

Otro caso en que se alegó la vía de hecho en la jurisdicción contencioso administrativa fue el siguiente:

En el año 1990, el Ministerio de Justicia jubiló de oficio al Registrador Subalterno del Segundo Circuito del Distrito Federal. En el año 1991, el mismo ciudadano fue designado Director de Registros y Notarias del Ministerio de Justicia. En ejercicio de sus funciones, dicho ciudadano ordenó que se excluyera del Registro de Asignación de Cargos (RAC) a la titular del cargo de Registradora del Segundo Circuito de Registro del Distrito Federal, ciudadana Gabriela Montero de Rachadell, y que se incluyera él mismo en su lugar, sin procedimiento alguno y sin notificar a la interesada. La afectada interpuso acción de amparo ante el Tribunal de Carrera Administrativa, alegando infracción a su derecho a la defensa, configurada por la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para la remoción del cargo, pues la exclusión del RAC suponía la remoción y el retiro de la titular. El Tribunal de la Carrera Administrativa declaró con lugar el amparo autónomo, y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la doctora Teresa García de Cornet, confirmó la sentencia en los siguientes términos:

“Por lo demás, esta Corte comparte el criterio del *a-guo*, según el cual se le violó el derecho a la defensa de la accionante al excluirse del Registro de Cargos, sin hacerse de su conocimiento tal exclusión, pues ello comporta el desconocimiento “en un futuro cierto” de la titularidad del cargo, que ostenta la solicitante del amparo. La exclusión del Registro debió ser producto de un acto de remoción y consiguiente retiro de la administración Pública y no un acto arbitrario de la Administración como lo fue en este caso. En efecto, excluir del Registro de Asignación de cargos a un funcionario, afecta a sus derechos e intereses, pues obviamente su consecuencia directa es su exclusión de nómina para el año siguiente y consiguientemente de hecho el retiro de la Administración Pública, sin que se le haya seguido el procedimiento previsto en la ley para los casos de retiro de los funcionarios, lo cual evidentemente viola el derecho a la defensa de la accionante” (Véase *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, p. 185).



En esta oportunidad, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se refirió a “acto arbitrario”, pero no hizo expreso pronunciamiento alguno sobre la vía de hecho. En cambio, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha venido reiterando que, cuando se remueve del cargo a un funcionario que goza de estabilidad, aún cuando sea temporal, sin procedimiento alguno, tal circunstancia configura una vía de hecho. En tal sentido, pueden citarse las siguientes sentencias de la Sala:

“En consecuencia, al no constar en el expediente evidencia alguna de los procedimientos por medio de los cuales se puede dejar sin efecto la designación de un juez o suplente provisorio, la remoción del autor de su cargo de Primer Suplente del Juzgado Superior Décimo Quinto en lo Penal del Área Metropolitana de Caracas, por parte del Consejo de la Judicatura, constituye una vía de hecho, contra la cual puede operar la acción de amparo ejercida en forma autónoma” (Sentencia del 26 de mayo de 1994).

En términos idénticos, la Sala calificó como vía de hecho la remoción del titular del cargo de primer suplente del Juzgado Cuadragésimo Séptimo de Primera Instancia en lo Penal del Municipio Vargas, sin evidencia de haberse cumplido el procedimiento legal (Sentencia del 3 de noviembre de 1994). Esta sentencia y la anterior, pueden consultarse en el libro de Jesús Caballero Ortiz: *Régimen Jurídico del Poder Judicial*. Consejo de la Judicatura. Caracas, 1995, pp. 120 y 122).

El año pasado se presentó a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la oportunidad de haber sentado una doctrina sobre la vía de hecho y su control jurisdiccional. Los hechos fueron los siguientes:

El día 25 de julio de 1994, a las 12:30 p.m. se presentó en el Despacho de la doctora Gabriela Montero de Rachadell, quien desempeñaba el cargo de Registradora Subalterna del Segundo Circuito de Distrito Federal, un Inspector de Registros y Notarías, quien dijo venir a tomar posesión inmediatamente del cargo de registrador. El aludido Inspector traía una notificación dirigida a la Registradora de que el Ministerio de Justicia había procedido “a retirarla” del cargo” y un Oficio dirigido al Inspector en el sentido de que se le había dado “una Comisión Especial para notificarle el retiro del cargo, para levantar el acta e inventario correspondiente a dicha Oficina y para *permanecer en el Registro hasta*

que el nuevo Registrador sea designado”, sin señalarse a título de que debía permanecer en el Registro.

La Registradora alegó que no podía hacerle entrega del cargo, en primer lugar, porque ella no había sido removida de éste (la comunicación se refería exclusivamente al retiro, sin remoción previa), en segundo lugar, porque el Inspector no había sido designado registrador, ni siquiera accidental, y en tercer lugar, porque en la Ley de registro Público se pauta lo siguiente: “La falta de caución, examen o juramento hará imposible la toma de posesión del cargo de Registrador. El que lo esté desempeñando no efectuará la entrega de la oficina si el nombrado no presenta los documentos que acrediten que se han cumplido aquéllos requisitos” (artículo 34). El Inspector de Registro y Notarías no había sido nombrado registrador, y por tanto no se había juramentado ni se había constituido la caución, además de que no se había levantado por cuadruplicado, el formal inventario de los enseres, libros y documentos que posee la correspondiente Oficina Subalterna de Registro, exigido por el artículo 35, *ejusdem*, todo lo cual hacía imposible la entrega inmediata de la oficina.

A las 3:30 de la tarde del mismo día, el Director de Registros y Notarías y el Director de Secretaría del Ministerio de Justicia, acompañados de una brigada especial de la Policía Técnica Judicial, dotada de armas de guerra, procedieron a romper la cerradura de la puerta principal del Registro o del Despacho de Registrador y a tomar posesión de la Oficina. De esta actuación material quedó constancia por medio de una inspección judicial que se levantó a solicitud del Director de Secretaría del Ministerio y que se acompañó al expediente. El Inspector de Registros y Notarías, sin nombramiento de Registrador, procedió a otorgar documentos en ejercicio de las funciones del cargo.

El 26 de julio de 1994, la agraviada solicitó del tribunal de la Carrera Administrativa que se anulara el acto por el cual se le *retira* de la Administración Pública y, que “en conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5º, Parágrafo Único de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, me ampare en el ejercicio de mis derechos constitucionales, y, en consecuencia, que el Tribunal declare la suspensión de los efectos del acto impugnado, que ordene a los agraviados ciudadano Rubén Creixems Savignon, Ministro de Justicia y al Director de Registros y Notarías ciudadano Roberto Vetencourt, que me restablezcan en el



ejercicio del cargo de Registrador en la Oficina Subalterna y que se abstengan de realizar actos, actuaciones materiales y vías de hecho que lesionen mi derecho a ejercer el cargo para el cual he sido designada por el ciudadano Presidente de la República, hasta tanto se decida el recurso de nulidad interpuesto”.

En su sentencia del 29 de julio de 1994, referida al amparo solicitado, el Tribunal de la Carrera Administrativa lo declaró con lugar, por considerar que, efectivamente se había producido una vía de hecho, pues se le impidió el derecho a la defensa a la accionante “... al imponer el retiro y la entrega del Registro a cargo de la accionante, sin cumplir expresas disposiciones legales de una Ley como la de Registro Público que exige el cumplimiento de precisas y concretas obligaciones en resguardo del orden público. Vías de hecho que en el caso también se materializan, tal como se constata de la Inspección Judicial, en el cambio de cerraduras y ocupación del recinto registral”.

Apelada la decisión ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el apoderado de los agraviantes alegó que “en el presente caso no se violó el derecho a la defensa de la ciudadana Gabriela Montero de Rachadell, pues ella tuvo conocimiento del acto de retiro y tampoco se produjeron las vías de hecho denunciadas, pues toda la actuación del Ministerio de Justicia tuvo su fundamento en el acto previo de retiro del cual fue objeto la accionante y cualquier actuación posterior no puede considerarse como vía de hecho”.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de agosto de 1994, revocó el amparo concedido por el Tribunal de la Carrera Administrativa, con fundamento en que “el oficio de retiro suscrito por el ciudadano Ministro de Justicia no puede considerarse como constitutivo de la presunción grave de violación del derecho de la defensa, ya que el retiro no requiere la apertura de procedimiento alguno, pues no es una destitución”, que “No puede por tanto constituir una vía de hecho para la actora unas actuaciones que tienen lugar después de haber tenido conocimiento de su retiro, razón por la cual no puede dicha inspección constituir la prueba de la presunción grave de la violación del derecho constitucional a la defensa de la parte actora...”; que “no es posible, al decidir si existe una prueba de la presunción de violación grave de un derecho constitucional, fundamentar tal circunstancia en disposiciones

de carácter legal cuya decisión corresponde al fondo de la querrela” y que “las vías de hecho que denuncia la actora no sólo tuvieron lugar con posterioridad a la fecha de notificación del retiro, como ha quedado demostrado a lo largo del presente fallo, sino que al existir un acto administrativo previo como base de una actuación material, ésta en ningún modo puede vincularse al derecho a la defensa de la actora”. En el fallo de la Corte Primera no se analiza la denuncia de infracción al artículo 34 de la Ley de Registro Público, que impone al registrador la obligación de no entregar la oficina “si el nombrado no presenta los documentos que acreditan que se han cumplido aquellos requisitos”, y que la actora vinculó con el derecho a la defensa en la siguiente forma:

“El cumplimiento de los requisitos legales no solamente interesa a la Administración Pública, sino también al funcionario saliente, particularmente cuando se trata de una Oficina de Hacienda, en la que se celebran actos jurídicos de tanta importancia. Las vías de hecho que tomaron funcionarios del Ministerio de Justicia, impidió que se levantara formal inventario, por cuadruplicado, de los enseres, libros y documentos que posee la correspondiente Oficina Subalterna de Registro, lo cual lesiona el derecho a la defensa de mi representada frente a la actuación de los funcionarios agraviantes, tal como lo constató el Tribunal *a quo*”.

En tal sentido, señaló la actora que “De lo expuesto se evidencia la actuación ilegal de funcionarios del Ministerio de Justicia, no sólo en cuanto al retiro de la Administración Pública sin haber procedido previamente a la remoción del cargo, y sin sujeción a los procedimientos legalmente establecidos, sino también en cuanto al empleo de la violencia para tomar posesión de la oficina de registro, prescindiendo igualmente en forma absoluta de los procedimientos legalmente establecidos”.

En el caso que analizamos existió, en efecto, un acto de la Administración -decisión de retiro- que está investida de una presunción de legitimidad mientras el tribunal contencioso administrativo no decida lo contrario en el juicio de nulidad, pero existió también una ejecución de la decisión, que se caracterizó por el uso de la violencia física y moral, no solamente sin fundamento jurídico alguno, sino en abierta infracción al ordenamiento jurídico, porque impidió que se cumpliera un procedimiento legalmente establecido para la entrega de una Oficina de Registro. *La vía de hecho no está en la decisión ejecutoria sino en la ejecución de la decisión* o, como lo ha dicho nuestra Sala Política Administrativa, en “la grosera ilegalidad en



que incurriere la actora del acto para la ejecución de uno, aún legalmente formado” (Caso Ganadería “El Cantón”).

La distinción entre la decisión ejecutoria y la ejecución la hacía Desgranges en Francia desde 1937, cuando señalaba que “la ejecución consistirá en el empleo de medios materiales que modifican de hecho la situación anterior del administrado”. Es la misma vía de hecho que para Debary “resulta de un vicio en la ejecución”, que según Rivero se configura por “la ejecución manifiestamente irregular de una decisión” y que para Hildegard Rondón de Sansó es “un acto asumido por la violencia, esto es, mediante la requisición directa o indirecta de la fuerza” o “la ejecución de un acto, hipótesis en la cual la legitimidad del acto es irrelevante y lo que cuenta es la inexistencia de la misma en la forma de su ejecución”.

Cuando la Corte Primera expresa que no pueden constituir vías de hecho unas actuaciones posteriores al acto, está diciendo que, en su criterio, sólo puede accionarse cuando la vía de hecho está en el acto mismo, y que ésta se produce por la ausencia de procedimiento para la decisión.

Esta concepción restrictiva de la vía de hecho, que ya había manifestado la Corte Primera en el caso de Ganadería “El Cantón”, está en desacuerdo con la teoría de la vía de hecho en el derecho comparado y permite legitimar situaciones donde la ilegalidad asume su forma más censurable: el uso de la fuerza para obligar a un ciudadano a infringir la Ley.

Una cuestión particularmente interesante a dilucidar y que la Corte Primera no enfocó, es el de la posibilidad de proponer conjuntamente un recurso de nulidad contra un acto administrativo y una acción de amparo contra la forma como el acto se ejecutó, partiendo de la distinción entre acto ejecutivo y ejecución. En contra de esta posibilidad está el texto del aparte único del artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, antes transcrito, el cual se refiere a la interposición conjunta de la acción de amparo y del recurso contencioso administrativo contra *actos administrativos* de efectos particulares.

Esta disposición, que ha sido flexibilizada por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en cuanto al otorgamiento del amparo sin permitir la defensa de la parte presuntamente agraviante, suscita cuestiones de diversa

naturaleza que no podemos analizar en esta exposición. Pero una interpretación literal de la norma transcrita conduciría al criterio de que la interposición conjunta sólo es posible si se recurre en nulidad el acto de efectos particulares y se pide el amparo contra el acto mismo y no contra las actuaciones materiales de ejecución. Así planteada la cuestión, esta norma nada añadiría a la facultad de los tribunales contencioso administrativos de suspender los efectos de los actos recurridos consagrada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y en el cual se formaliza una creación jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal. La consecuencia de esta interpretación es que se obligaría al interesado a proponer separadamente el recurso de anulación del acto, o decisión ejecutoria, por una parte y la acción de amparo contra las actuaciones materiales en la ejecución del acto, por la otra. Si la Corte Primera hubiera razonado en este sentido, en el caso que nos ocupa, su decisión hubiera sido la de declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo por inepta acumulación, puesto que se trataría de procedimientos incompatibles, y no lo hizo.

Personalmente considero que no debemos caer en falsos dilemas, y que la cuestión planteada se resuelve fácilmente si se profundiza en la esencia de lo que constituye la vía de hecho.

Si la administración adopta una decisión ejecutoria previo cumplimiento del procedimiento pautado, y realiza la ejecución de acuerdo a los términos de esa decisión, puede haber ilegalidad, pero nunca hay vías de hecho.

Si la administración dicta un acto y lo ejecuta de una forma que no ha sido autorizada en el acto mismo, ni existe ninguna disposición que la faculte a ejecutar el acto en esa forma, se configura un supuesto de vía de hecho.

En este caso existe el acto y la vía de hecho. El acto puede ser perfectamente legal o puede ser impugnabile por ilegalidad. Esta es una cuestión de carácter técnico-jurídico que requiere de análisis con conocimiento de causa y el procedimiento contencioso administrativo de anulación es adecuado para ese fin.



Por otra parte, recordemos que las actuaciones materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares no pueden realizarse sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos (art. 78). Si tal acto no existe, se configura la vía de hecho. En el caso bajo examen, el Ministro de Justicia emitió un acto de retiro (decisión ejecutoria), pero en ese acto no se dice que la titular del Registro Subalterno debía retirarse y hacer entrega de la oficina *en forma inmediata*, el mismo día, *sin acatar las previsiones de los artículos 34 y 35 de la Ley de Registro Público*. Sin embargo, la actuación material de la Administración se produjo como si tal acto existiera, lo cual no era cierto. De allí que no tuvo razón la Corte Primera cuando expresó en su sentencia que existía “un acto administrativo previo como base de una actuación material”, puesto que el acto de notificación del retiro (que no de remoción, puesto que ésta no se produjo), no contenía ningún elemento que sirviera de fundamento a la actuación material de la Administración. En la terminología francesa, la actuación material para ejecutar el retiro era insusceptible de ser vinculada a poderes legalmente otorgados a la Administración.

Frente a esa actuación material, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional de España, “solo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia* (hechos determinantes) de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica”. Y, nos preguntamos nosotros, ¿quién escoge entre las dos posibilidades que caben? El agraviado, naturalmente. El agraviado puede optar entre interponer el recurso contencioso administrativo de anulación contra el acto tácito que sirvió de fundamento a la actuación material, con la solicitud de suspensión de efectos del acto, partiendo de la distinción que hace el Tribunal Constitucional español entre actos expresos, tácitos y presuntos; o bien puede considerar que se trata de una pura actuación material, no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica, e interponer la acción de amparo en forma autónoma; o bien puede proponer ambos, recurso de anulación y acción de amparo, conjuntamente. En el caso de Ganadería “El Cantón”, la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia analiza las diversas posibilidades que tiene ante sí el agraviado por las vías de hecho.

En el caso de la Oficina de Registro se dieron los siguientes elementos:

1. Un acto de retiro (decisión ejecutoria) que podía ser impugnado por ilegalidad, con fundamento, por una parte, en que no se había procedido a la remoción previa; por otra parte, en que la Corte Primera ha considerado el cargo de Registrador en forma diferente, en sentencias dictadas en diversas etapas, así: es un cargo de carrera; es un cargo de libre nombramiento, pero no de libre remoción; es un cargo de libre nombramiento y remoción (Véase en tal sentido, la recopilación que hace FUNEDA en *15 años de Jurisprudencia*, Tomo 4º, páginas 351 a 388, Caracas, 1994).

2. Una resolución fundamentadora de la actuación material mediante la cual se produjo la ocupación del Registro y el retiro inmediato de la Registradora, con prescindencia de los trámites legalmente exigidos (acto tácito), que es diferente a la decisión ejecutoria, y que puede ser atacada porque no es posible vincularla con poderes concedidos a la Administración.

3. La actuación material misma.

Ahora bien, en los pedimentos que hace la parte actora ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, se solicita la nulidad de los dos actos, el expreso y el tácito, así:

“PRIMERO: Que declaren la nulidad del acto por el cual se me retira de la Administración Pública.

SEGUNDO: Que declaren la nulidad del acto de toma de posesión de la Oficina de registro que ha estado a mi cargo, sin cumplir los requisitos establecidos en la Ley de Registro Público (artículos 34 y 35)”.

En relación al amparo propuesto conjuntamente, se pide que se suspendan los efectos del acto impugnado, que se restablezca a la actora en el ejercicio del cargo y que se ordene a los agraviantes que se abstengan de realizar actuaciones materiales que lesionen su derecho a ejercer el cargo.

Como puede verse, en este caso no se recurre en nulidad contra un acto y se pide el amparo cautelar contra una actuación material diferente, sino que el objeto es uno solo: la nulidad tanto de un acto expreso como de



uno tácito, y la suspensión de efectos correspondiente. Por lo tanto, la exigencia del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo se cumplió plenamente, por lo cual procedía la interposición conjunta y se descarta la inepta acumulación.

Debemos recordar, por último, que cuando la Administración incurre en vías de hecho, la consecuencia en el derecho comparado es que se amplían las posibilidades de defensa del agraviado, que la Administración pierde toda prerrogativa que pudiera protegerla y que el agraviado puede ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa o ante la jurisdicción ordinaria para solicitar el restablecimiento de las situaciones personales que han sido infringidas. En tal sentido, carecería de toda fundamentación en derecho -y de toda lógica- que ante las vías de hecho de la Administración nuestra jurisprudencia exigiera requisitos especiales para la defensa del agraviado, como sería la de que el recurso de nulidad y la acción de amparo deban proponerse en forma separada. Es más, en la sentencia de Ganadería "El Cantón", la Sala Política Administrativa analiza las diferentes opciones que tiene el agraviado frente a las vías de hecho de la Administración y determina que, a su elección, éste puede interponer la acción autónoma de amparo o puede solicitar el amparo conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación.

V.

CONSIDERACIONES FINALES

1. En el derecho comparado se observa una tendencia hacia la formulación de una teoría de la vía de hecho como una creación jurisprudencial.
2. En Francia, la teoría de la vía de hecho ha sido elaborada por la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que en España y en Venezuela dicha jurisdicción ha sido renuente a abrir la posibilidad de controlar las actuaciones materiales de la Administración por la vía del recurso de anulación. Ante esta situación, se ha propuesto en España introducir una modificación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para consagrar el control judicial sobre las actuaciones materiales.
3. En Venezuela, al igual que en España, la jurisdicción contencioso administrativa puede declarar la nulidad de las actuaciones materiales

que constituyen vías de hecho, siempre y cuando se acepte la tesis que esas actuaciones materiales están respaldadas por una resolución tácita, la cual se infiere de un conjunto de hechos determinantes (*facta concludentia*).

4. En España y en Venezuela, el control jurisdiccional sobre la vía de hecho ha estado a cargo de la jurisdicción constitucional, mediante el procedimiento del amparo. Entre nosotros, los mismos tribunales contencioso administrativos, actuando como tribunales constitucionales, han iniciado, con avances y retrocesos, la tarea de formular una teoría sobre la vía de hecho. En este empeño, ha sido particularmente notable la actuación de nuestro Máximo Tribunal en épocas recientes.

En Venezuela, ante las vías de hecho de la Administración, el agraviado puede optar entre interponer la acción autónoma de amparo, o solicitar el amparo cautelar asociado al recurso contencioso administrativo de anulación.

5. Entre el procedimiento contencioso administrativo y el de amparo han habido recíprocas influencias. En ocasiones el primero ha traído al segundo formalidades y rigideces que son extraños a este último. No obstante, la flexibilidad de la acción de amparo ha influido para que los jueces que conocen de procedimientos contencioso administrativos den una cabida más amplia al uso de medidas cautelares, en protección de los derechos de los ciudadanos lesionados para la actividad administrativa.

6. La tendencia que se observa a nivel mundial en cuanto a la protección de los derechos humanos, y que a veces se expresa en tratados internacionales, exige que se adecúen los procedimientos judiciales para el logro de esos objetivos. En nosotros algunos logros se han alcanzado, y entre ellos cabe citarse la consagración de medidas cautelares y la aplicación que de ellas se ha hecho para salvaguardar las libertades públicas, el sistema expedito de recursos establecido en el Código Orgánico tributario y, sobre todo, la regulación de la acción de amparo.

Junto con la reforma general del Poder Judicial, en nuestro país se hace cada vez más urgente la modificación de la jurisdicción contencioso administrativa, para adecuarla a las exigencias de los nuevos tiempos.

**EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**



**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Por Sandra Morelli
Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad Externado de Colombia**

**I.
INTRODUCCION**

El tema de los procesos y procedimientos, puede ser abordado desde dos ópticas distintas, pero íntimamente relacionadas entre sí. En efecto el proceso y el procedimiento presenta a la vez significación teórica política y técnica.

Así, se tiende a privilegiar por un lado, la axiología del procedimiento, y principalmente su función en el estado de derecho.

Por el otro lado se impone analizar los aspectos orgánicos, estructurales que sea como fuere, deben estar dispuestos de acuerdo al telos de la institución, cual es la realización de los valores ínsitos en un auténtico estado de derecho, que encuentra efectiva realización precisamente en las categorías jurídicas del procedimiento y del proceso.

1. Premisas fundamentales:

Para la doctrina liberal democrática del estado, al derecho, al sistema jurídico en general, en el estado occidental moderno le corresponde una función social y política muy concreta: servir de límite al ejercicio arbitrario del poder. Se trata sencillamente de preservar el ciudadano de la intromisión abusiva del estado en su esfera particular; es así como se fijan las normas a las que debe responder la organización política en general, los órganos y procedimientos a través de los cuales se debe ejercer el poder. Se determina también los parámetros de relación entre tales órganos y los individuos, especialmente en lo que atañe a los derechos de estos últimos.

Esta función de lo jurídico, de contenido altamente garantizador, es el aporte que el constitucionalismo liberal hace a la cultura jurídica moderna, donde la legalidad es la piedra angular, el valor guía, de esta concepción del estado.

En términos teológicos, al estado liberal le corresponde un modelo de "autoridad legal-racional", cuyo aparato administrativo es la burocracia y su principio de legitimación es la ley, lo que para Max Weber¹, representa una de las más importantes manifestaciones de racionalidad del mundo occidental: es, en su concepto, el mejor antídoto contra el poder arbitrario puesto que carácter universal de ley comporta necesariamente la exclusión de privilegios y de la incertidumbre en su aplicación, tanto en el ámbito administrativo como judicial, dando paso a la certeza, a la seguridad jurídica.

La pretendida certidumbre absoluta de la acción del estado, la exclusión total de la arbitrariedad, la pureza epistemológica del derecho, son, para utilizar términos kelsenianos, un deber ser, un ideal, bajo una perspectiva práctica que presenta más de una arista y en especial cuando el ámbito jurídico es el del derecho constitucional. Esto por su particular relación con el sistema político.

De ahí que toda la acción estatal, incluyendo la esfera administrativa y jurisdiccional deba estar sometida al imperio de la constitución, la ley y el reglamento, donde se perpetúan los ítems de actuación de los servidores públicos.

Es así como en la Constitución Colombiana vigente, y concretamente en el preámbulo se dispone que:

"El pueblo de Colombia,

"en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la

1. *Economía e Società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1968.



comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente
CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA

Bajo la misma concepción en el artículo primero constitucional, el más trascendente de ese texto, se establece que Colombia es un Estado Social de Derecho.

Desarrollo de esta premisa, es entonces, el artículo 6, donde se perpetúa la responsabilidad de los funcionarios por infringir la Constitución y la ley, por extralimitarse en sus funciones y por omisión de las mismas. Se trata sencillamente del aforismo en virtud del cual los funcionarios públicos, o mejor, los servidores del estado, sólo pueden hacer lo que les está permitido por ley y reglamento.

En el capítulo segundo del título quinto, encontramos puntual desarrollo de esta forma de ejercicio del poder estatal así:

Artículo 122:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley y el reglamento."

Artículo 123: "....."

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la Comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

"La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

Artículo 124:

"La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."

Artículo 125: "....."

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Pero su máxima expresión es el así llamado debido proceso, o derecho al proceso debido cuya consagración constitucional se hizo en los siguientes términos:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

"Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

No cabe duda, no puede caber, en el sentido que el principio de legalidad impregna todas las manifestaciones orgánicas y estructurales de la existencia estatal.

2. El procedimiento y el proceso contencioso administrativo: Instancias de garantía ciudadana

Pero obviamente, la legalidad no puede limitarse a ser una máxima, declaración de principio, deber ser. Por lo tanto, es precisamente el establecer parámetros de conducta a los funcionarios, tanto administrativos, como del orden jurisdiccional, a los cuales ellos deben ceñirse con todo rigor, cuando logramos que la arbitrariedad y la incertidumbre, cedan paso a la certeza del derecho, a la previsibilidad del actuar público, a la garantía del administrado, y en general de cualquier administrado.

Por eso se impone el estudio también, de las manifestaciones concretas del estado de derecho, de los instrumentos para hacerlo viable, cuales son el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo.

Magistralmente, ha descrito el jurista Garcia de Enterría, real o virtual maestro de tantos administrativistas en el mundo entero, la función de estas dos instituciones así:

"Se trata de garantizar en fin, la sumisión de la administración al derecho, de hacer efectivo y operante el principio de legalidad y su sanción.



"A esta idea central responden una serie de técnicas cuya existencia y correcto funcionamiento constituyen otras tantas garantías de la posición jurídica del administrado, sin perjuicio de que puedan y deban cumplir otras finalidades adicionales de semejante importancia, como tendremos ocasión de precisar más adelante. El procedimiento administrativo es la primera de esas garantías, en tanto que supone que la actividad de la administración tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados, como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima. El sistema de recursos contra los actos y disposiciones constituye un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma. En último término -y esto es, sin duda, lo más importante- corresponde a los Jueces y Tribunales pronunciarse definitivamente sobre la legalidad de la actuación administrativa, bien sea revisando a posteriori dicha actuación y anulando, en su caso, aquellos actos administrativos y disposiciones generales que sean disconformes con el ordenamiento jurídico, a través de los correspondientes recursos contencioso administrativos, bien poniendo freno, por vía interdictal a aquellas actuaciones de la Administración que constituyan vías de hecho en el sentido que ya conocemos. En este capítulo y en los sucesivos analizaremos con detalle cada uno de estos tres círculos de garantía de la posición jurídica del administrado.²

Agrega el autor que el sometimiento al principio de legalidad, no es una mera técnica de organización burocrática, sino una sobre todo técnica de garantía de libertad, de manera que la solicitud de anulación de una actuación legal de la administración, es una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por ese acto.

En el mismo sentido ha sentado el tratadista Dromí y en especial sobre el carácter instrumental del procedimiento administrativo que:

"La realización del estado de derecho no sólo requiere de la 'solemnidad declarativo constitucional', sino también de la implementación constitutiva legal procesal".

"Es indispensable que el ordenamiento jurídico procesal facilite los medios instrumentales para el efectivo ejercicio de los derechos constitucionalizados, y entre ellos el procedimiento administrativo es la más idónea herramienta que el derecho arbitra como reaseguro contra los desordenes del obrar de la administración.

"La tutela sustantiva de los derechos subjetivos públicos del Estado y de los administrados se arbitra formalmente por medio de técnicas procesales administrativas y judiciales.

2. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho administrativo". Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 381-382.

"En ese orden, el procedimiento administrativo regla el ejercicio de las prerrogativas públicas y de los derechos subjetivos y libertades públicas".³

No cabe, pues, la menor duda del sentido axiológico insisto en las instituciones procedimentales y procesales, instrumentos legítimos del estado de derecho.

3. Procedimiento administrativo e importancia de las formas

No podemos caer entonces en el frecuentísimo error, de concebir el procedimiento como un fin en sí mismo. La forma, el ritual, el término, se racionalizan y justifican única y exclusivamente en consideración de la función que están llamados a cumplir.

La pérdida de ese norte es tan frecuente que el constituyente colombiano de 1991 tuvo que preceptuar que en las actuaciones judiciales deberá prevalecer el derecho sustancial - artículo 228-.

Al establecer entonces el telos de la forma procedimental, debe destacarse su importancia en nuestro régimen jurídico, de derivación francesa, donde reviste especial relevancia, cuanto al derecho administrativo. En efecto, en nuestro orden jurídico, los actos administrativos para su expedición, están sujetos a formas y procedimientos especiales, lo que constituye en últimas el debido proceso y cuyas manifestaciones concretas son al decir del insigne jurista, Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Jorge Vélez García, las siguientes:

1) Principio de audiencia de las partes; 2) enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la administración y por las partes; 3) determinación de los plazos o términos dentro de los cuales puede actuar la administración 4) precisión de los actos que requieren concepto o consejo previos de competencias auxiliares, 5) necesidad de motivación por lo menos sumaria en todos los actos que afecten a los particulares 6) formas de notificación con la indicación de los recursos, 7) el principio de la nulidad de los actos por la violación de las normas que otorguen garantías a los administrados.⁴

3. DROMI, Jose Roberto, op. cit., tomo II, pp. 261 y ss.

4. VELEZ GARCIA, Jorge, *"Los dos sistemas de derecho administrativo"*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1994, pp.21-22



Nótese entonces, como la función garantizadora que se impone predicar del procedimiento administrativo, lo aproxima finalísticamente, al proceso contencioso administrativo.

Haber notado y resaltado esa cercanía constituye el gran aporte de MERKL, quien para sustentar su tesis así llamada de jurisdiccionalización del procedimiento administrativo, evidenció la comunanza del proceso judicial y del procedimiento administrativo al integrar una misma categoría general, cual es el procedimiento. Esto en virtud de que se rompe el monopolio jurisdiccional del procedimiento, al trasladarlo a la instancia administrativa, a la que también ha de corresponder una función garantizadora, como ya se ha dicho hasta la saciedad en este escrito.⁵

II.

ASPECTOS CONCEPTUALES

1. El procedimiento administrativo. Concepto y origen

En primer término debemos definir qué se entiende por procedimiento administrativo desde una perspectiva técnicojurídica. Se trata del conjunto de instancias, actos, conceptos y operaciones -tales como notificaciones,- que se adelantan por uno ó varios funcionarios, y que están estructural y

5. En cuanto este fenómeno conviene, si bien es cierto que el procedimiento administrativo es uno, hacer alguna referencia somera a las fases que lo integran, para puntualizar en qué momentos la jurisdiccionalización resulta más evidente. En efecto existen dos fases principales a saber: la primera de formación de la voluntad de la administración, y la segunda de ejecución de la voluntad de la misma operación administrativa.

A su vez, la primera etapa presenta tres momentos cuales son: La actuación administrativa, que se realiza en respeto de las formalidades preestablecidas y que culmina con una decisión; la vía gubernativa, que permite a los afectados por una decisión interponer los recursos ordinarios y extraordinarios con el fin de que se modifique, revoque o aclare el acto administrativo correspondiente; y finalmente encontramos el conjunto de actuaciones realizadas para llevar a cabo la notificación y publicación de los actos administrativos.

La jurisdiccionalización del procedimiento administrativo pues, es más puntualmente predicable del segundo momento, así como del tercero, pues es allí donde se concreta la función garantizadora del interés del administrado. En la primera etapa, se tiende a privilegiar el interés de la administración a la que corresponde imperativamente cumplir con los cometidos establecidos constitucional y legalmente.

funcionalmente ligados para lograr un fin determinado. Ese conjunto de actos culmina con una decisión denominada acto administrativo.⁶

Para José Roberto Dromi:

"...específicamente el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que deben cumplir la Administración (en ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa).

"Así se distinguen dos etapas procedimentales: una primera, de formación de la voluntad administrativa, tanto de origen unilateral o bilateral, como de efectos individuales o generales; y otra de fiscalización, control e impugnación, que comienza cuando la primera concluye. La participación de los administrados se realiza en los dos momentos. En el primero por medio de vistas, peticiones, observaciones, y en el segundo por medio de recursos administrativos. Es de la esencia del procedimiento administrativo regular la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa, ya sea a través del ejercicio del derecho de petición o del ejercicio del derecho de recurrir. Comprende tanto el procedimiento que regula la formulación del acto (constitutivo), como su cuestionamiento y fiscalización (impugnativo).⁷

En cuanto a la función jurídica del procedimiento, determina Sandulli⁸, que responde a la necesidad de aclarar, valorar y ponderar los varios datos fácticos y los varios intereses que la administración debe tener presentes para decidir de una u otra manera; se trata también, de coordinar los operadores y los varios sujetos y órganos portadores de los intereses públicos en juego; de lograr la coordinación con los órganos y sujetos del sector afectado o destinatario de la eventual decisión; de hacer efectivo la función de control preestablecido por el ordenamiento para cada centro de poder; igualmente se pretende que sean admitidos los interesados para hacer valer sus razones e intereses, y si es el caso, para contribuir a lograr el consenso entre una pluralidad de intereses en juego.

Juan José Díez Sánchez considera que se trata del 'cause formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin'. Se sirve de Carnelutti para ampliar el concepto en el sentido

6. SANDULLI, Aldo, *Manuale di diritto Amministrativo*, edición XIII, Jovene Editore, Napoli, tomo I, pp. 569 y ss.

7. DROMI, José Roberto, *Manual de derecho Administrativo* "Buenos Aires, Editorial Astres, 1987, pp. 66 y ss.

8. *Ibidem*.



que se trata del tipo de combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados causalmente entre si.

"A la vista de esta noción, el procedimiento se estructura en un sistema, en un modelo predeterminado legalmente para servir de instrumento de realización de la actividad administrativa. Se trata en efecto, de un cauce o vía, previamente definido, al que queda sujeta la administración para cumplir sus funciones. Esto es, constituye la forma propia de la función administrativa, de la misma manera que el proceso lo es de la función judicial y el procedimiento parlamentario de la función legislativa".

Lo decisivo de esta definición queda contenido en estas dos precisiones:

- El procedimiento justifica la actuación administrativa al someterla a reglas o pautas formales.
- El procedimiento permite a los ciudadanos conocer de antemano el desarrollo de aquella actuación, al garantizar así la defensa de sus derechos e intereses frente a ella.⁹

Es precisamente en virtud del procedimiento administrativo, que podemos identificar una frontera, un criterio diferenciante entre el ejercicio arbitrario del poder, depositado en la voluntad de quien lo detenta, y el estado de derecho, propiamente dicho, cuyo valor guía está representado en la ley.

Sin embargo conceptual e históricamente es posible identificar claras diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo. Ocupémonos pues de este asunto.

Es clara tendencia histórica, que parte del ejercicio de la función administrativa discrecional, no reglada, inspirada tan sólo en la razón de estado, hacia la actuación de la administración regida por pautas preestablecidas y contenidas en la norma, hasta llegar al punto donde la garantía del interés particular termina siendo un elemento sustancial.

La primera manifestación de la así llamada "jurisdiccionalización", se concreta en la posibilidad de impugnar ante la administración sus propios actos, lo cual constituye un avance relativo: el soberano puede ser cuestionado.

9. *"El Procedimiento Administrativo y la Doctrina Constitucional"*, Civitas, 1992, p. 28.

Pero tal tendencia no culmina allí; ésta se manifiesta también en el cambio de función, que desde entonces será, garantizar los derechos e intereses del orden individual de los administrados. Podemos afirmar que el procedimiento administrativo encuentra su telos, su razón de ser en la misma ontología que inspira el estado de derecho, cual es la sujeción de toda la actividad del estado y especialmente de la función administrativa al principio de legalidad, como fundamento de la certeza jurídica. Se trata de un dispositivo para preservar la libertad individual.

Pero a pesar de los avances considerables, nos seguimos moviendo en el ámbito de la justicia retenida.

2. El proceso administrativo. Origen histórico

El fin de la justicia retenida, ejercida por la misma administración, para dar origen, o bien, a una jurisdicción especial o para someter los actos administrativos a la decisión del juez ordinario, constituyen un salto cualitativo, en el fenómeno y la evolución que se viene describiendo.

3. La dicotomía entre la justicia judicial y la justicia administrativa

Así en Francia, en un primer momento y mediante la ley 16-24 de agosto de 1790 se establecieron "las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas".

En la práctica se impedía a los jueces administrar, pero no al contrario, a los administradores juzgar, de tal manera que si un particular se sentía afectado en forma negativa por la actividad de la administración, sólo ante esta podía elevar querrela y no ante la jurisdicción.

Toda vez que este sistema se basa en la premisa fundamental del autojuzgamiento por parte de la administración, se denominó "justicia retenida".

Se trataba entonces de lo que hoy se conoce como garantía institucional, de la administración respecto del poder judicial.

No resultaba, en este estado de cosas, claro, si se trataba de una función jurisdiccional realizada por la administración, o de una función jurisdiccional, propiamente dicha. Lo cierto es que el sistema evoluciona



hacia la jurisdiccionalización de la función en cabeza del Consejo de Estado, de tal manera que el año de 1872 es considerado en Francia como el fin de la justicia retenida.¹⁰

Peculiaridad también del sistema francés, es la dicotomía, entre justicia ordinaria y justicia administrativa, contrariamente de lo que sucede en el sistema del common law.¹¹

4. Diferencia entre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo

Se impone así, hacer una comparación tendiente a establecer diferencias de forma y de fondo, entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, en virtud de la muerte de la justicia retenida, pero sin perder de vista el origen histórico común a que hemos hecho somera referencia.

En cuanto al significado de procedimiento, reiteramos las anotaciones ya hechas en este texto, pero subrayando que ese conjunto de actos, conceptos, etc., culminan en una decisión de la administración denominada acto administrativo.

Ahora bien, por proceso se entiende el conjunto de actos sucesivos debidamente coordinados cuya finalidad es también la de producir un acto definitivo, de carácter ya no administrativo, sino jurisdiccional.

De esta sencilla definición salta a la vista un primer criterio diferenciante: la naturaleza de la decisión final, que para el procedimiento es administrativa, y para el proceso, jurisdiccional.

La doctrina suele diferenciar los dos conceptos, al circunscribir el proceso a la actuación judicial, y el procedimiento a la actuación ante cualquier otro organismo público de naturaleza distinta a los integrantes de la rama

10. Sin embargo la vía gubernativa puede considerarse hoy como un vestigio de ese tipo de justicia, obviamente sin que se pueda predicar de ésta su carácter jurisdiccional.

11. Ver, VELEZ GARCIA, Jorge, "Los dos sistemas del derecho administrativo", Santa Fe de Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1994, pp. 12-15.

jurisdiccional del poder público, de tal manera que la administración es al mismo tiempo juez y árbitro. Se trata de un privilegio para la administración en primer lugar, porque se debe tramitar ante ella misma, lo que da origen a la *sui generis* situación de que la administración se constituye en juez y parte; y adicionalmente, porque constituye un requisito previo para poder acudir ante la justicia administrativa.

De este criterio orgánico deriva otro criterio distintivo, de particular importancia: El proceso jurisdiccional tiene como finalidad alcanzar la verdad y la satisfacción de las pretensiones de las partes por una instancia independiente de ellas, el juez; el procedimiento administrativo, sin dejar de ser una garantía para el administrado, como ya se pudo establecer, pretende la realización de los cometidos de la administración, por ser vocera legítima del interés general.

Finalmente la garantía procedimental se concreta antes de que la decisión se adopte, mientras que la garantía procesal judicial es *a posteriori* y no admite excepción alguna.

Adicionalmente, el pronunciamiento judicial es definitivo en el proceso y reviste la naturaleza de cosa juzgada, mientras que la decisión de la administración es susceptible de revisión por la vía jurisdiccional.

El procedimiento administrativo constituye también un privilegio para la administración, porque cuando sus decisiones no responden al principio de legalidad, el administrado debe hacer uso de los recursos al interior de la administración, con el fin de que anule o modifique, por ilegal o inoportuna una decisión suya, lo que constituye una ocasión para que la misma administración revise sus propias decisiones.

Cabe destacar además, aunque ya se enunció someramente que la culminación del procedimiento administrativo constituye requisito *sine qua non* para iniciar el proceso administrativo. Lo que se configura también como un privilegio de la administración y se conoce con la expresión agotamiento de la vía gubernativa.

Esta ha sido definida por el administrativista Jaime Orlando Santofimio como:



"... la vía gubernativa es la etapa de las actuaciones administrativas, subsiguiente a la notificación y provocada por el sujeto pasivo de la decisión, mediante la interposición legal y oportuna de recursos con el fin de controvertir el acto en cuanto a su legalidad, ante la misma autoridad que lo adoptó o ante su inmediato superior, con el fin de que éstas lo reconsideren modificándolo, aclarándolo o revocándolo."¹²

Finalmente es lógico, en virtud de lo dicho, que en el procedimiento administrativo, las partes no estén en posición de igualdad, mientras que en el proceso judicial administrativo sí, pues no será a una parte a la que corresponde resolver el conflicto, sino a un tercero, imparcial.

Existen pues diferencias importantes entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, en virtud de las cuales es dable puntualizar el verdadero alcance de la tantas veces mencionada jurisdiccionalización del procedimiento administrativo, toda vez que si esta fuese absoluta, casi que las dos categorías tendrían que desaparecer y no es así.

Esto porque la jurisdiccionalización, se refiere exactamente a la concepción legalista y procesalista que inspira la reglamentación del procedimiento administrativo, en virtud de la cual es posible hacer un parangón entre las distintas etapas y momentos de la actuación administrativa y el trámite ante el juez. Casi que es un problema de formas, sin desconocer obviamente la importancia de éstas en un verdadero estado de derecho, especialmente para los administrados.

III. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LA IMPARCIALIDAD, EL DEBIDO PROCESO Y LA PARTICIPACION

A manera de introducción sobre este tema, se debe tener presente que el artículo 209 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional los principios rectores de la función administrativa, principios ya preexistente

12. *"Acto administrativo, Procedimiento, eficacia y validez"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 208.

en nuestro orden jurídico desde la promulgación del decreto 01 de 1984, o código contencioso administrativo, donde a más de la legalidad, que irriga suficientemente todo el texto fundamental, se proclaman sujeción al interés general, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Ahora bien, para el proceso administrativo, hemos de servirnos del capítulo VIII, en su capítulo primero de la Constitución, donde se consagran las disposiciones generales de la rama judicial, a saber: la independencia de la rama judicial, la publicidad y permanencia de sus actuaciones, la prevalencia del derecho sustancial, la perentoriedad de los términos, el carácter autónomo y desconcentrado de la función y la sujeción de los juzgadores al principio de legalidad.

No obstante, para los fines de este estudio, se hará referencia tan sólo a tres principios, cuyas implicaciones tanto en sede administrativa como judicial pueden resultar de particular relevancia para un país como el nuestro que pretende "ser social de derecho, participativo y democrático". -artículo 1 constitucional-.

I. La imparcialidad en el proceso administrativo y en procedimiento contencioso administrativo

Un aspecto esbozado en el numeral anterior, cual es el hecho de que la administración durante el procedimiento administrativo sea juez y parte, puede arrojar dudas sobre el alcance del principio de imparcialidad que le es a ella exigible.

La imparcialidad no llega hasta el punto de pretender que la administración claudique de su interés de parte, parte que en principio, detenta el monopolio legítimo del interés general, entendido éste es su más genuino significado francés. Lo que no significa que la administración actúe de manera parcial y arbitraria; significa que la imparcialidad que le es exigible a la administración tiene una significación distinta. El norte de su comportamiento, durante el procedimiento administrativo, ha de ser el cumplimiento de los cometidos estatales, obviamente sin que esto implique discriminación alguna entre los administrados.



El principio de imparcialidad ha sido definido por la doctrina colombiana así:

"En virtud de este principio las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es la de asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación, proporcionando a los ciudadanos igual trato y respetando siempre el orden en que actúen ante ellas. Se relaciona indubitablemente con el elemento finalístico del acto administrativo, que invita al cumplimiento de los cometidos estatales por parte de la administración, y no a la consolidación de sistemas de actuación subjetivos, generadores evidentes de desviación de poder."¹³

La imparcialidad, como casi todos los principios del actuar administrativo, termina siendo nada distinto que el respeto al principio de legalidad.

Así queda constatado al consultar el Código Contencioso-Administrativo hoy vigente en Colombia, en cuyo artículo segundo preceptúa:

"Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos de los administrados establecidos por la ley".

Y específicamente en cuanto a la imparcialidad, se concibe como:

"...las autoridades deberán tener en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente deberán darle igualdad de tratamiento, respetando el orden que actúan ante ellos (sic). -artículo 3 del Código Contencioso Administrativo-.

Nótese pues, que de ninguna manera implica que la administración se coloque en condiciones de igualdad frente al particular.

Distinta ha de ser la significación de este mismo principio en la instancia judicial. El juez administrativo, a pesar de su origen histórico, si es un tercero entre la administración y el administrado. Las partes procesales se presentan en un plano de igualdad y el juzgador deberá ceñirse estrictamente al principio de legalidad, sin que le sea dable consideración alguna sobre la oportunidad o conveniencia de la decisión que beneficie

13. SANTOFIMIO Jaime Orlando, *op. cit.*, pp. 138-139.

al particular. De no ser así, qué sentido tendría la jurisdicción contencioso administrativa?. Bien podría eliminarse, pues no sería nada distinto que una longa mano de la administración estatal, una farsa a cargo del erario público.

2. El debido proceso administrativo y judicial

El debido proceso, por el contrario, parece ser un principio de alcances semejantes, tanto en la instancia administrativa, como en sede judicial. Así deriva además del ya citado artículo 29 de la constitución colombiana, donde al respecto se establece:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas..."

El fundamento constitucional de este medular principio en la instancia administrativa, también lo encontramos en los artículos 6, 31, 33, 121 y 122 constitucionales.¹⁴

Se trata sencillamente, de la concreción del principio de legalidad, no predicable de manera exclusiva de la administración pública en todas sus actuaciones, incluyendo las procedimentales, sino también y por sobre todo de la función judicial. No olvidemos que "los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley" -artículo 230 de la constitución colombiana-.

De esta manera en las tres etapas del procedimiento administrativo, la de la formación de la decisión, la de la impugnación por la vía gubernativa y la de publicación o notificación se deben respetar "la plenitud de las formas propias" de esa actuación.

La omisión de las formas correspondientes vicia el acto administrativo de nulidad y se configura cuando la administración se aparta total o parcialmente de la normatividad que rige el acto; viola los procedimientos y formalidades que se deben respetar en la expedición del mismo; el acto

14. Los artículos 31 y 33 se refieren respectivamente a la posibilidad de apelar toda sentencia judicial y a la imposibilidad de obligar a nadie a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad y primero civil.



es proferido por un funcionario incompetente o el competente se abstiene de proferirlo, o se incurre en un error de hecho o de derecho.

Frente a estas situaciones, el afectado podrá hacer uso de los recursos en la vía gubernativa, y si existe una causal, la administración deberá proceder a revocar, modificar o aclarar su decisión. En este caso no sólo se hace efectiva la función garantizadora de los derechos del particular con ocasión del procedimiento administrativo, sino que también y en primera instancia, se preserva el interés general a la legalidad, cuya tutela corresponde también a la administración.

Es más, puede y debe oficiosamente la administración proceder a revocar, modificar o aclarar el acto administrativo, por medio de la revocatoria directa, cuando:

- "1. Es manifiesta su oposición a la constitución y a la ley.
- "2. Cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra él.
- "3. Cuando con ello se cause agravio injustificado a una persona" - artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.-¹⁵

Pero si la administración insiste en su posición una vez agotada la vía gubernativa, o no haya habido lugar a la revocatoria directa, se podrá solicitar la nulidad del acto administrativo, a través de una acción, bien sea de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante el trámite ordinario del proceso administrativo, en la instancia jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

La acción de nulidad procede cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deben fundarse, o cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió artículo 84 del C.C.A-. La de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la persona se sienta afectada o

15. Obviamente en este caso se deberá respetar el procedimiento establecido en el artículo 73 C.C.A., en cuanto a la revocación de los actos administrativos particular y concreto, en cuanto al consentimiento expreso y escrito del particular.

lesionada en un derecho que encuentra fundamento en una norma jurídica -artículo 85 del C.C.A-.

Se trata claramente de instrumentos, tanto lo dispuesto en la instancia administrativa, como en la jurisdiccional, orientados a garantizar el debido proceso en las actuaciones de la administración.

Pero a su vez, en el desarrollo del proceso jurisdiccional, no cabe la menor duda del imperativo que se debe observar respecto de las formalidades propias de cada juicio, y de los demás aspectos consagrados en el artículo 29 constitucional. Su no observancia acarrea desde nulidades, subsanables o no, según el caso, hasta la procedencia de la acción de tutela por violación del debido proceso, pues aunque la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo correspondiente a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, contenido en el decreto 2591 de 1991, admitió en reiteradas ocasiones y por vía de excepción su viabilidad cuando la sentencia se producía con violación del debido proceso, pues en ese caso no podía considerarse como una legítima expresión del estado de derecho, sino como una vía de hecho.¹⁶

Sobre el debido proceso, como substrato de unión entre procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo, en la medida que ambos están sometidos ineludiblemente a sus postulados, y que además en segundo verifica al respeto de éste en el primero, resulta ilustrativa la sentencia 442 de 1992, proferida por nuestra Corte Constitucional:

-
16. En sentencia T - 30689 la H. Corte Constitucional puntualiza los requisitos que deben concurrir, para que proceda la acción de tutela contra una providencia que presente en su contenido el vicio de vías de hecho, los cuales son:
- a) Que la conducta del agente carezca de fundamento legal.
 - b) Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial;
 - c) Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de manera grave e inminente;
 - d) Que no exista otra vía de defensa judicial, o que existiendo se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más eficaz para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado."



"El debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los tribunales contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al ordenamiento jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones de estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernados.

"Se observa que el debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello se extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

"El debido proceso tiene reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos, instancias, garantías establecidas en beneficio del administrado, etapas que deben cumplirse dentro del procedimiento administrativo señalado. Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley, que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir prueba de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de su formación, esencia, eficacia y validez de los mismos."

Se reporta en la sentencia el artículo 6 constitucional, en virtud del cual las autoridades sólo pueden hacer lo que le está permitido por la norma.

También se cita allí, un auto de la Sala plena del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaramillo Vélez, de 9 de marzo de 1991 que puntualiza sobre los elementos esenciales del acto administrativo, cuya ausencia o inobservancia conlleva la violación del debido proceso administrativo.

Dice a la letra el proveído:

"En todo acto administrativo existen ciertos elementos sustanciales de los cuales dependen su validez y eficacia. Estos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma.

Posteriormente, la misma Corporación, en sentencia del 18 de enero de 1993, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero sentencia referida a la T-011- dijo:

"Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provegan de una autoridad administrativa jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales."

"El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de defensa. Por esta razón constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico procesal."

Fuerza concluir entonces que la verificación del cumplimiento del debido proceso le corresponde pues a la misma administración en un primer momento, bien sea de oficio o en virtud de la interposición de recursos que hagan los particulares; que posteriormente la decisión corresponde al juez administrativo respecto de la decisión de la administración, pero que a su vez la misma jurisdicción deba preservar este valor en sus actuaciones, de tal manera que el mismo *a quo* adopte las medidas pertinentes en caso de violación, o se haga en segunda instancia. Y no sólo, si la jurisdicción de lo contencioso insiste, la decisión definitiva podrá ser impugnada por vía de la acción de tutela, bien sea ante un tribunal contencioso, bien sea ante la jurisdicción ordinaria. Y finalmente, con ocasión de la eventual revisión, corresponderá a la Corte Constitucional, tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Esta doctrina en buena hora sostenida por la Corte Constitucional, ha generado más de un enfrentamiento entre las Altas Corporaciones del Poder Judicial en Colombia, en virtud de que el constituyente no abordó el tema de la posición jerárquicamente superior de nuestro Tribunal Constitucional, respecto de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, quienes son del parecer que por esta vía se desconoce la majestad de sus decisiones y el valor de la cosa juzgada.

3. El debido proceso, la legitimidad y el acceso a la justicia

En Colombia no se ha profundizado particularmente en la violación del debido proceso para quienes no son titulares de derechos subjetivos, sino tan sólo de interés legítimo, o sencillamente de un interés difuso o colectivo,



o son miembros de la comunidad y en esta medida podrían participar en el procedimiento.

Obviamente cualquier persona puede intentar acción de nulidad contra un acto administrativo, puesto que se trata de una acción pública, pero la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no procede sino cuando se intenta por quien se sienta lesionado en un derecho contemplado en la ley.

En España este derecho, el del debido proceso, se predica no sólo respecto de las personas titulares de derechos subjetivos, sino también de intereses legítimos. Así en Sentencia del 8 de Noviembre de 1983, donde se describe el núcleo del artículo 24.1 de la Constitución se afirma que:

"...tutela el derecho de toda persona a que sus derechos e intereses legítimos tengan derecho a un proceso y que este se desarrolle con las garantías aseguradoras de la defensa"¹⁷

Es que el problema de la legitimidad tiene íntima relación con el concepto de la efectividad del acceso a la justicia. En el mismo libro inmediatamente antes citado se dice al respecto:

"El derecho a la tutela judicial efectiva es sin duda el derecho matriz que engloba y alimenta el derecho al proceso debido comprendido con amplitud, y que permite precisamente el paso a través del acceso a la jurisdicción, a la efectividad del derecho al proceso debido por un órgano judicial implica desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva".¹⁸

Se hace referencia a este punto, para sentar que el debido proceso no puede hoy en día ser entendido como antaño, limitado tan sólo a quienes son titulares de derechos legalmente consagrados, rezagando a los titulares de intereses legítimos, difusos, colectivos y a los llamados a participar en el procedimiento administrativo, porque se estaría violando ni más ni menos que el postulado de acceso a la justicia, componente del debido proceso.

17. BANFRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *"El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional"*, Madrid, Aranzandi Editorial, p. 95.

18. Op. cit. p. 102.

En cuanto al acceso a la justicia la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia aprobada por el Congreso de la República, y pendiente del juicio positivo de la Corte Constitucional preceptúa:

"Artículo 2. El estado garantiza el acceso de todos los asociados a la Administración de Justicia. Será de su cargo de amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá mínimo un defensor público".

De esta manera el tema se aborda en virtud de las condiciones económicas de los coasociados, quienes en caso de no disponer de recursos suficientes han de ser auxiliados por el estado, para que puedan reclamar judicialmente sus derechos. Pero en ningún momento se aborda el tema bajo la perspectiva de todos los demás sujetos, que sin ser titulares de derechos, pueden, o deberían poder, participar en el procedimiento de formación de la voluntad administrativa o en el proceso judicial.

Veamos pues este nuevo fenómeno.

IV. LA PARTICIPACION CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y FINALIDAD.

Gregorio Arena, en un artículo suyo denominado: "La partecipazione al procedimento amministrativo: Analisi dell'esperienza americana", publicado en la Rivista di Diritto Pubblico italiana, en el año de 1976, se refería al tema así:

"Parlare della partecipazione significa, in realtà, parlare del potere e della sua gestione: il problema che si intende esaminare in questa sede riguarda una delle possibili forme di potere, quello burocratico amministrativo, e il modo in cui esso viene esercitato".

No se trata de la participación propia de las democracias representativas, ni de formas de democracia directa, pues no presupone la existencia de soberanía alguna para que se ejerza en virtud de delegación electoral o de manera directa. Pero obviamente la participación administrativa sólo puede tener cabida en un estado inspirado en los principios sociales de derecho, participativo y democrático.



Se trata de una institución en virtud de la cual, el ciudadano se hace partícipe del proceso decisional administrativo, con el fin de que la decisión misma, sea eficaz, en virtud de la adhesión a ella de sus destinatarios.

El profesor Sandulli, en obra ya citada¹⁹ describe de manera gráfica el fenómeno:

En el estadio preparatorio de los actos administrativos los interesados se admiten para hacer valer sus propias razones.

Generalmente se prevé para entidades públicas como por ejemplo municipios o categoría o grupos de interés.

En forma frecuente, las leyes hacen referencia a esas intervenciones con el nombre de concepto; en realidad se trata de manifestaciones orientadas a expresar razones y puntos de vistas interesados, y no valoraciones neutrales. Esto constituye uno de los aspectos del fenómeno participativo, y para diferenciarlo de la participación institucional se denomina participación funcional.

Se debe establecer caso por caso si se trata de un concepto, de una intervención interesada o de una intervención participativa. Obviamente no es sencillo identificar las partes efectivamente interesadas y su legitimación para intervenir en el proceso. (Traducción libre).

En cuanto a la finalidad, resulta claro que la participación en el proceso decisional administrativo, resulta una ocasión para articular poderes, para acortar la distancia entre administración y administrados; en consecuencia permite que las decisiones burocráticas correspondan más a los intereses de la colectividad, atenta a la tiranía de la casta burocrática detentadora de la tecnocracia. En consecuencia el concepto de súbdito debe ceder espacio, para abrirle paso al de ciudadano, quien además podrá ejercer un control efectivo sobre la gestión pública.

Al mismo tiempo, se trata de una garantía para el ciudadano, si el que participa en el procedimiento va a ser el directamente afectado por la decisión.

19. *Op. cit.*, p. 578.

Al respecto ha dicho el maestro Garcia de Enterría:

"Aparece así el procedimiento como uno de los cauces para hacer efectiva la democratización de los mecanismos de decisión, que las instancias propiamente políticas, por su actuación cada vez más intermitente, y por su concreción en el ámbito de las grandes decisiones distan mucho de poder asegurar por sí solas, todo lo cual postula la potenciación de técnicas a las que la legalidad vigente reserva un papel muy secundario, así como la implantación de decisiones que hagan posible una participación más intensa de los ciudadanos, idea ésta que tiende a erigirse progresivamente en la directriz interpretativa de la normativa reguladora de la institución. No se trata de garantizar sólo la audiencia de los interesados. Se trata de un efectivo intento de hacer compatible la necesaria protección de los derechos ciudadanos con la salvaguarda de los valores comunitarios que incorpora el derecho objetivo, ideas ambas que son el soporte del procedimiento administrativo.²⁰

Sin embargo, a pesar del importante papel que esta llamado a cumplir la participación, históricamente no ha sido aceptada de manera pacífica, sobre todo en países de derivación francesa donde el dogma del interés general representado en la administración se ha erigido como antídoto, contrariamente a lo sucedido en los Estados Unidos de América, donde se utilizaron las estructuras existentes para hacer realidad la participación. En efecto, la resistencia al tema de la participación en el procedimiento administrativo, ha esgrimido como argumento justificatorio de su postura que, por esta vía las decisiones ya no serían expresión del interés general, sino por el contrario, de un grupo parcializado de intereses. Al escuchar y dar curso, la administración a estas intervenciones, violaría entonces el principio de imparcialidad que está llamada a respetar.

Desconoce esta postura que no existe una contraposición entre el interés general de la administración y el interés de los coasociados, y que con una adecuada ponderación de intereses bien puede lograrse un consenso benéfico, entre todas las partes interesadas, que resulta siempre mejor que la imposición autoritaria de una postura, que eventualmente va a resultar ineficaz. Se trata de privar en definitiva a la administración del monopolio de la definición del interés público, a la cual también puede contribuir el ciudadano.

La participación es la fórmula por medio de la cual se hace efectivo el acercamiento y colaboración entre Administración y sociedad, reconociendo

20. *Op. cit.*, p. 385.



al ciudadano el derecho a definir el grado de tal interés, a través del procedimiento administrativo.

Ha dicho también la doctrina:

"Es verdad que la realidad demuestra que no se puede administrar mandando e imponiendo decisiones, al menos en ciertos sectores. También es cierto que lo dispuesto en las normas, se deduce el reconocimiento de la intervención de los administrados en las decisiones administrativas, para favorecer, entre otras cosas, el cumplimiento de las mismas. Lo que no está tan claro es que ese argumento implique concebir el procedimiento como cauce "democratizador" ni que ese propósito haya de conseguirse por dicha vía".²¹

Olvida el distinguido estudioso, que la democracia no es tan sólo política. Con el advenimiento del estado social de derecho, democrático y participativo, ha acuñado la doctrina constitucional un nuevo concepto, el de democracia participativa, para significar aquel fenómeno según el cual existen formas de participación no sólo políticas, sino también sociales, y dentro de éstas últimas, el procedimiento administrativo resulta un cauce privilegiado.

1. Necesidad de diferenciar la participación política de la participación social y más exactamente procedimental

La participación procedimental, está claro, no envuelve el concepto de soberanía, no se funda en instituciones democráticas de representación por medio del sufragio o del mecanismo de participación directa. Encuentra su origen en el interés que puede tener el miembro de una comunidad en una decisión determinada de la administración.

Por la eventual confusión que puede surgir al respecto, en España se ha dudado sobre el alcance del artículo 23 de la constitución española, en cuanto a la participación. Así, mientras parte de la doctrina identifica allí el derecho a la participación procedimental, el Tribunal constitucional afirmó:

" se trata del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un estado de derecho, que consagra el artículo

21. DIEZ SANCHEZ, Juan José, *op. cit.*, pp. 33-34.

I y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el estado español"(Sentencia del 25 de abril de 1984, número 53. ²²

2. La participación procedimental en Colombia ²³

A más de lo ya indicado, sobre el sustento constitucional y legal de la figura, cabe destacar normas constitucionales y legales, contentivas de la participación procedimental.

22. Claro está que en artículo 105 C) de la misma constitución española se preceptúa: "La Ley regulará... el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado". Y en el artículo 24 se preceptúa: "...en cada una de sus fases, cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, esta debe ser oída, y deben respetarse el resto de garantías procesales".

23. Para hacernos una idea del efectivo sentido de la participación, parece interesante traer a esta sede los resultados de los trabajos de la Comisión presidida por el grande Massimo Severo GIANNINI, la cual fue constituida en el seno de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el ámbito del cuadro para los estudios de las reformas institucionales, en 1987. Allí se elaboró un proyecto que al respecto establecía:

"Artículo 8: 1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivate da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 9, i soggetti nei confronti dei quali il procedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possano derivare un rilevante pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diritti destinatari, l'amministrazioni e tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia del 'inizio del procedimento.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell' amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni predette, provvedimenti cautelari.

El artículo 10 del proyecto indica que:

"Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, hanno facoltà di intervenire nel procedimento qualora ne possa derivare un pregiudizio del provvedimento..."

Los derechos de estos intervinientes son los de conocer el expediente, presentar memorias escritas y documentos que la administración tiene la obligación de considerar, en la medida que sean pertinentes.



A. Participación en el sector educativo

A más de lo ya indicado, sobre el sustento constitucional y legal de la figura, cabe destacar normas constitucionales y legales, contentivas de la participación procedimental.

Con fundamento en el artículo 68 se establece la obligación de que la comunidad educativa participe en la dirección de las instituciones de educación. En consecuencia, la ley 115 de 1994 en el artículo 7 establece que, a la familia como núcleo fundamental de la sociedad corresponde participar en las asociaciones de padres de familia, informar sobre la marcha de la institución educativa y participar en las acciones de mejoramiento; debe también participar en el consejo directivo, asociaciones o comités; velar por la adecuada prestación del servicio educativo y contribuir solidariamente con la institución educativa para la formación de sus hijos. Se trata de un ejemplo claro del fenómeno de participación procedimental, tratándose de instituciones educativas de carácter público.

Bajo la misma perspectiva el artículo 8 de la ley en comento establece que la sociedad es responsable de la educación conjuntamente con la familia y el estado. Debe por tanto, colaborar con esta, en la vigilancia de la prestación del servicio educativo y en el cumplimiento de la función social. Por esto, agrega la norma, la sociedad debe participar, entre otras, para fomentar, defender y proteger la educación; exigir a las autoridades el cumplimiento de sus responsabilidades en esta función, verificar la buena marcha de la educación especialmente con las autoridades e instituciones responsables de su prestación, etc.

En el artículo 62 se establece que las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicados.

La administración puede celebrar acuerdos con los particulares en cuanto al sentido de la decisión, siempre y cuando no se afecten los derechos de terceros, y el no respeto de estos acuerdos llevaría a la nulidad del acto administrativo. Sería, para concluir, la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de juzgar los acuerdos en cuanto a su formación, conclusión y ejecución.

Estas normas no se aplican para actos administrativos generales, de planeación y tributarios.

El artículo 93 preceptúa a la letra:

"En los consejos directivos de los establecimientos de educación básica y media del Estado habrá un representante de los estudiantes de los últimos tres grados, escogido por los mismos de acuerdo al reglamento de cada institución".

Por su parte, la ley 30 de 1992, por la cual se organiza el servicio público de la educación superior y en desarrollo del principio de autonomía, crea el Consejo Nacional de Educación Superior, de carácter permanente, como organismo del Consejo Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría, artículo 17. Este está conformado, por el Ministro de Educación, el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, el Rector de la Universidad Nacional, el Director de Colciencias, un Rector de la Universidad estatal u oficial, dos rectores de universidades privadas, un rector de una universidad de economía solidaria, un rector de una institución universitaria o escuela tecnológica estatal u oficial, un rector de institución técnica profesional estatal u oficial, dos representantes del sector productivo, un profesor universitario y el director del Icfes.

Sus funciones consisten en proponer al gobierno nacional políticas planes para la marcha de la educación superior, reglamentación y procedimientos para organizar el sistema de acreditación, el sistema nacional de información y los exámenes de estado. Debe además establecer las pautas sobre nomenclatura de títulos, creación de instituciones de educación superior, requisitos de creación y funcionamiento de programas académicos; le corresponde además, la suspensión de la personería jurídica a instituciones de educación superior, determinar los mecanismos para evaluar la calidad académica de las instituciones de educación superior y de sus programas entre otras.

A pesar de que se trata de una función propositiva, no cabe la menor duda que es una forma de participación en la formación del acto administrativo.

Se trata entonces de manifestaciones orgánicas de la participación.



B. La participación en el sector de la salud y seguridad social:

Bajo la misma perspectiva de participación, la ley 100 de 1993, dentro de sus principios contempla aquel según el cual los beneficiarios de la seguridad social intervendrán en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Este principio se denomina expresamente, de participación -artículo 2-.

C. La participación y el medio ambiente

En términos perentorios el artículo 78 de la Constitución Política Colombiana estatuye:

"....."

"El estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".

En consecuencia, en la ley 99 de 1993, por medio de la cual se crea el ministerio del medio ambiente y se dictan otras disposiciones relativas a la organización del sector, se prevé un Consejo Nacional Ambiental, donde además de tener asiento las autoridades competentes, encontramos un representante de las comunidades indígenas, un representante de las comunidades negras, un representante de los gremios de producción agrícola, un representante de los gremios de la producción industrial, un representante de las universidades. Este consejo también tiene funciones propositivas.

Así mismo los afectados con una medida en particular deberán ser consultados, como ya lo estableció desde 1989 la ley de reforma urbana, distinguida con el número 9, para conceder licencias de construcción, en relación a los vecinos del sector.

La participación de los consumidores y usuarios responde al interés legítimo que detentan.

D. La participación en la contratación estatal

La ley 80 de 1993 establece que, en virtud del principio de transparencia, las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la constitución, donde se establece la posibilidad de que el acto de adjudicación tenga lugar en audiencia pública.

Nótese que no se exige un interés particular para estos efectos.

En el artículo 62 del estatuto se prevé que cualquier persona podrá solicitar que se investigue sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promover las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quien quebrante la normatividad.

La disposición reportada es muy importante en la medida que comporta una revolución en términos de legitimidad para iniciar el proceso administrativo.

La Procuraduría, durante las visitas cuya realización se divulgará ampliamente, oirá a las asociaciones gremiales y comunitarias del lugar y se dará oportunidad a los administrados para que hagan las denuncias y presenten las quejas que a bien consideren. Se trata de un control sobre la gestión.

E. Participación en el sector vivienda de interés social

En la ley 3 de 1991, se prevé El sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, donde participan organizaciones populares de vivienda y organizaciones no gubernamentales.

Nos encontramos frente a una fórmula de participación orgánica.

F. Participación en la gestión de los servicios públicos domiciliarios

En cuanto a la nueva ley de servicios públicos domiciliarios, la 142 de 1994, encontramos que con fundamento en el artículo 369 de la



constitución política colombiana, en todos los municipios deberán existir "comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios" compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más de los servicios públicos a lo que se refiere esta ley, como funciones les corresponde; la de solicitar al personero la imposición de multas, la de proponer a las empresas de servicios públicos los planes y programas que considere necesarios en el área, la de solicitar modificaciones o reformas a las decisiones que se tomen en materia de estratificación, etc.

Se trata entonces, de una participación orgánica, casi siempre de tipo propositivo, en cabeza de personas con intereses difusos.

G. Participación de las organizaciones civiles

Como testimonio de que se pretende evolucionar en el sentido de fortalecer la participación en el procedimiento, tenemos un proyecto de ley estatutaria de participación de las organizaciones civiles, elaborado por la vicepresidencia de la República con el auspicio de otras entidades como la red de solidaridad social, cuyo objeto habría de ser:

"... establecer un marco jurídico normativo para el desarrollo de las organizaciones civiles, regular sus relaciones con el estado y con los particulares, sus derechos y deberes, así como su participación en la toma de decisiones, la gestión administrativa y el control y vigilancia de la misma, con el propósito de colaborar en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de derecho."

En cuanto al ámbito de aplicación se establece allí que:

"La participación en la gestión pública regulada por esta ley podrá y deberá ser ejercida ante toda autoridad de carácter administrativo de los diferentes órdenes y niveles y, ante personas privadas que ejerzan funciones públicas o estén a cargo de la prestación de un servicio público".

El proyecto tiende a institucionalizar las organizaciones civiles, que clasifica en comunitarias, sectoriales, no gubernamentales y étnicas, en el sentido que deben estar constituidas en fundación y afectados al cumplimiento de un fin específico, de naturaleza privada, sin ánimo de lucro e independientes del estado.

Los ejemplos reportados en esta sede nos permiten concluir que no es extraño al telos constitucional, el fenómeno de la participación

procedimental, a pesar de que no hubiera sido previsto de manera general en el artículo 209 del mismo texto.

Esto, porque efectivamente son varios los ejemplos allí hallados que confirman la tesis que se pretende sostener, especialmente el 95, donde se establece como deber, la participación cívica y comunitaria y se la diferencia de la política.

Es también evidente, que el Código Contencioso administrativo ha permanecido indiferente a este fenómeno de la participación procedimental y que, por el contrario, en la nueva legislación, promulgada con posterioridad a la constitución de 1991, excepción hecha de la ley 9 de 1989, son múltiples los ejemplos de participación ciudadana en la gestión administrativa, bien sea en forma orgánica, en virtud de la cual la ciudadana ha de tener asiento en organismos con función propositiva y de control; bien sea de manera informal, lo que permite la intervención de cualquier persona en un asunto de su incumbencia para conceptuar, proponer o denunciar; bien sea por medio de organizaciones cívicas constituidas específicamente para ese efecto.

Se destaca el artículo 62 de la ley 80 de 1993, donde se establece que cualquier persona podrá solicitar que se investigue sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y, lo más importante, la posibilidad de promover las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quien quebrante la normatividad, lo que evoluciona los conceptos de legitimación procesal.

Una consideración última antes de abordar el tema siguiente: resulta evidente que en Colombia ya se empieza a sentir la necesidad de un cuerpo único normativo que abarque todas las manifestaciones de la participación y homologue criterios sobre la materia.

3. Participación y legitimación. Intereses difusos e intereses de clase

El esquema tradicional que inspira el procedimiento administrativo el proceso contencioso administrativo, presupone que está legitimado para intervenir en el uno o en el otro, quien se siente lesionado en un derecho legalmente protegido. La intervención se hace entonces en calidad de parte -Artículo 85 del C.C.A.-.



Sin embargo en cuanto al procedimiento administrativo se impone una precisión, en el sentido de que la actuación administrativa puede tener origen en ejercicio del derecho de petición, y en este supuesto de hecho, ni la constitución -artículo 23-, ni el código contencioso administrativo, exigen legitimidad originada en derecho subjetivo alguno; se establece así, la posibilidad de cualquier persona de elevar la solicitud en interés general o particular. No sucede así, para los recursos de la vía gubernativa, que deben ser interpuestos por el destinatario de la decisión, de tal manera que en este caso si está restringida la esfera de legitimidad.

Bajo esta perspectiva en el derecho administrativo colombiano, son escasos y sobre todo recientes, los ejemplos de intervención de sujetos en estas instancias, por el sólo hecho de ser titulares de intereses difusos o colectivos.

En todo caso, frente a la complejidad de la sociedad moderna, y el ensancharse de la esfera de derechos, se impone reflexionar sobre el asunto, máxime cuando el artículo 88 constitucional determinó:

"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa y el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en daños ocasionadas a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."²⁴

Así los intereses colectivos, como los derechos e intereses difusos, empiezan a tener carta de naturalización en nuestro mundo jurídico, más allá de las fronteras del ius privado.

En consecuencia, en un proyecto de ley que seguramente se presentará en la próxima legislatura al Congreso Nacional, pues en la anterior no se le dió trámite, se reglamenta el asunto como sigue:

24. En todo caso no es dable ignorar los aportes que sobre la materia ha hecho el derecho civil, desde las épocas de Don Andrés Bello, en cuyo Código encontramos ejemplos varios de acciones populares. -artículos 91, 992, 994, 2355 etc.-.

"Acciones de grupo: Son aquellas mediante las cuales un número plural de personas o un conjunto de personas solicita exclusivamente el pago de una indemnización por los perjuicios individuales que les hayan ocasionado una misma acción u omisión o varias acciones u omisiones, semejantes entre si, bien sea que provengan de una o varias autoridades o personas particulares".

"Artículo 58: Las acciones de grupo proceden contra toda acción u omisión que hubiere causado un perjuicio a un grupo de individuos determinable".

En cuanto a la autoridad jurisdiccional competente, lo será la contencioso administrativa si la acción u omisión proviniesen de una autoridad, de lo contrario, conocerá la jurisdicción ordinaria.

Con la futura aprobación de la normatividad citada, se ensanchará pues el horizonte para los accionantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a los titulares de intereses colectivos o de grupo, así como a los portadores de intereses difusos.

Sin embargo, no se trata tan solo de contar con herramientas cuando se ha causado o se puede causar un perjuicio a este tipo de intereses, para lograr una protección jurisdiccional. Lo que se pretende hoy en día es contribuir a la definición de la voluntad administrativa, de tal manera que esta pueda ser más eficaz, más acorde con los intereses de los destinatarios.

4. Legitimación y participación

A. Participación en el procedimiento administrativo

Queda claro, entonces, que, con la inclusión en nuestro orden administrativo de los intereses de clase o grupo y los difusos, no hemos aún alcanzado la meta.

Es que el concepto de participación rebasa los cauces tradicionales de la legitimación predicable del afectado con la decisión. No se trata de preservar el derecho subjetivo individual, como predicaría la más genuina y primigenia manifestación del estado liberal. En realidad, la participación no excluye la eventualidad de afección individualizada en cabeza de un sujeto; por el contrario, la admite, pero sólo como consecuencia de la afección directa del interés general, lo que de alguna manera involucró a todos los coasociados. Así se explica que:



"La legitimación del ciudadano para intervenir en el procedimiento administrativo no deriva de la titularidad de derecho e intereses legítimos, sino en la condición de ciudadano de la comunidad, interesado en el interés general. Esto porque el interés general no es monopolio del estado, ni tanto menos del poder ejecutivo; el ciudadano también ha de contribuir a la realización del interés general.

"La participación, cualquiera que sea el círculo que se tome en cuenta, y la variedad o modalidad de la misma, es una fórmula distinta conceptualmente de la legitimación.

"La participación define -por oposición a la legitimación- la condición con que el administrado toma parte en las decisiones administrativas."²⁵

De tal manera que el individuo, como miembro de una comunidad, o como miembro de una organización, actúa individualmente en protección del interés general. El tema se mueve pues, en el mundo de los intereses difusos, entendidos como pertenecientes o predicables de la sociedad, de la colectividad.

La participación puede tener lugar de múltiples maneras, por medio de organizaciones permanentes, con o sin personería jurídica, en ejercicio de un derecho de petición, en forma de sugerencia, consulta, concepto o denuncia, pero lo importante es que esta no quede circunscrita o limitada a los directamente afectados por una decisión administrativa o sean titulares de un derecho subjetivo, porque esto equivaldría a hacer nugatoria la figura.

B. La participación y el proceso administrativo

Hemos visto ya, que habrá lugar a nuevas acciones, las de clase populares, que se tramitarán por la vía del proceso administrativo ante la instancia judicial, lo que va a permitir una mayor salvaguarda de los intereses colectivos y difusos. Por esta vía se va a ensanchar el concepto tradicional de legitimidad, que salvo para las acciones de nulidad, que son de naturaleza popular, se limitaba a quien se sentía lesionado en el derecho.

Pero el tema no está resuelto. Si la tendencia es a ensanchar las fronteras de la participación en el procedimiento administrativo, otro tanto se predicará de la instancia procesal administrativa.

25. DIEZ SANCHEZ, Juan José, *"El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional"*, Madrid, 1992, p. 155 y ss.

El artículo 62 del estatuto de contratación, es sin lugar a duda, evolucionario en la materia. Pero podemos imaginar que además del derecho de accionar, los titulares de estos intereses, puedan intervenir en el proceso para hacer valer sus opiniones, conceptos, denuncias etc.?. Como están las cosas, se impone una respuesta negativa, de tal manera que no cabe la menor duda respecto del hecho de que en materia de participación hemos avanzado más en la instancia administrativa, que en la contencioso jurisdiccional.

Ratifica nuestra aseveración lo dicho por la Corte Constitucional colombiana que mediante la sentencia T-442, expresó categóricamente:

"La concepción democrática del poder excluye y proscribire cualquier acto del estado dirigido a conseguir fines simplemente personales o inspirados intereses minoritarios o de grupo,... El concepto de participación es lejano a las instancias judiciales".

Cabe hacerse otra pregunta: ¿Y qué sucede si en el procedimiento administrativo no se abre espacio a la participación legalmente establecida? No existe una causal explícita de anulación por este motivo, de la decisión administrativa, así que ha de corresponder a la jurisprudencia, abrir camino, por vía de una interpretación derivada del principio de legalidad; si la participación está prevista en la ley y esta no tiene lugar, habrá lugar a un vicio del acto administrativo por error de derecho.

No cabe duda que en este punto corresponde una responsabilidad particular a la jurisdicción, para que no suceda lo que ya sucedió en Italia, donde la participación se transformó en un accidente procesal, objeto de verificación única y exclusivamente formal por parte de los jueces.

Al respecto, el profesor Vittorio Mortara en su obra "Introduzione alla pubblica amministrazione Italiana"²⁶, con ocasión de una fuerte crítica al modo de actuar de la administración pública italiana, -donde destaca, bajo una óptica propia de la ciencia administrativa, el excesivo formalismo y ritualismo, la rigidez de los procedimientos, su relación tan sólo indirecta con la realidad sobre la que deben incidir, la precaria autonomía en la decisión, la prevalencia de un control formal sobre un control de resultados-, específicamente se refiere a la programación y a la



participación como a dos incidentes procesales en los siguientes términos:

"En el ámbito del procedimiento se han introducido actos que en lugar de ser producto de la voluntad única de la administración son parcial o totalmente producto de órganos de participación. No importa, en la práctica, la efectiva participación sino que el suceso formal se consigne en un expediente."

En otros términos, la participación exige una actitud ponderada del funcionario administrativo, que sepa conjugar los intereses en juego, para que la decisión sea lo más oportuna posible. Se debe exigir del funcionario judicial también, y con el fin de ensanchar los límites del concepto individualista de legitimación, y para que con ocasión del control de la efectiva realización de participación prevista en la ley, no se limite a un juicio formal, sino que entre a verificar si se trató de una garantía efectiva, o tan sólo, de una 'messa in scena', debe además, ponerse a la instancia judicial, en condiciones de ejecutar el acuerdo a que llegaron la administración y los intervinientes, en caso de que la administración haya optado eludirlo, en la práctica.

El tema de la participación, tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso administrativo, no puede escandalizarnos, si pretendemos hacer de los valores ínsitos en el texto constitucional, una realidad.

Pero no toda la responsabilidad ha de caer sobre el juez administrativo; corresponde al legislador intervenir prontamente en esta área, con el fin de promulgar un cuerpo normativo uniforme, que evite la excesiva fragmentariedad sobre el punto, como sucede hoy, lo que seguramente redundará en ineficacia de la figura.

El asunto es de una importancia no posible de ignorar. El ciudadano hoy en día tiene mayor contacto con la administración, y comparativamente, mucho menos con el sistema político. Este fenómeno ha sido a la vez, causa y efecto, de la transparencia administrativa, de la posibilidad de los administrados de acceder a la documentación pública, pero no se trata sólo de acceder; una vez esta etapa se agota, se debe entablar un diálogo

26. MILANO, Franco Angeli, 1990, p. 140 y ss.

entre administración y administrado, con base en intereses y objetivos concretos, y no invocando aquella categoría abstracta del interés general. Se trata de que los administradores puedan controlar, sugerir, proponer etc. Ese diálogo constituye precisamente la participación en el procedimiento. Sólo así podremos hablar de lo que Rodotà a dado por llamar una democracia administrativa.²⁷

De la misma manera, la jurisdicción debe acoger en sus categorías el razonamiento jurídico, estos fenómenos nuevos, para nosotros, pero suficientemente probados en los países anglosajones y en Europa continental, sin que se haya verificado allí cataclismo alguno.

27. RODOTÀ, Stefano, *Repertorio di Fine Secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992, p. 241 y ss.

**PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y PROCESO**

.

.

.



PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCESO

**Por Lubín Aguirre
Profesor Titular de la Cátedra de
Administrativo I de la Universidad de Carabobo**

En el mundo del Derecho administrativo puede decirse que el procedimiento es el modo de producción de los actos administrativos, y que a través de él se trata de asegurar la sumisión de la Administración al Derecho, es decir, de hacer efectivo el principio de la legalidad.

Como claramente lo ha expuesto la Dra. Morelli, el procedimiento asegura una de las primeras garantías de la posición jurídica del administrado: la de la legalidad, que es esencia del Estado de Derecho y que postula porque la actividad administrativa sea canalizada obligatoriamente a través de causas determinados.

Dicha legalidad administrativa se descompone en verdaderos derechos subjetivos que los particulares pueden invocar mediante un sistema de acciones.

Ahora, hay dos grupos de procedimientos administrativos: los de primer grado o constitutivos de la voluntad administrativa y los procedimientos de segundo grado, llamados impugnatorios o recursos.

Pues bien, en esta charla nos proponemos verificar hasta qué punto, más bien, la excesiva regulación de los procedimientos administrativos, sobre todo los de segundo grado, no lesiona derechos fundamentales de las personas, como es el caso del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, que constituye otro de los pilares en que descansa el Estado de Derecho, en cuanto que el principio de autotutela administrativa supone la atribución a los entes públicos de la potestad de dirimir los litigios en que son parte y, por tanto, de hacerse justicia a sí mismos, acarreando que el administrado sólo pueda acudir a los tribunales contencioso-administrativos en demanda

de tutela de sus derechos e intereses después de no haber obtenido satisfacción de la propia Administración. De aquí que en la mayoría de los Ordenamientos el procedimiento se configure como presupuesto de la acción procesal.

Nos preguntamos si ese carácter obligatorio que tiene el agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de la acción jurisdiccional no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige reducir dichos presupuestos a sus justos límites, para evitar que constituyan un obstáculo a una eficaz protección jurisdiccional.

No hay dudas que los recursos son una garantía de los administrados para pedir a la Administración la revocación o reforma de un acto suyo. Pero, el cumplimiento de esta carga de recurrir previamente en la vía administrativa implica un importante diferimiento de la posibilidad de obtener una decisión en Justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente (a menos, claro está, que por medio del recurso administrativo se consiga una decisión estimativa, supuesto posible, pero poco frecuente), lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que los actos administrativos comienzan a producir efectos desde la fecha en que se dictan sin que el recurso sirva por sí mismo para frenar o paralizar esa inmediata eficacia, que sólo excepcionalmente puede ser suspendida (art. 87 LOPA). La lentitud que en la mayoría de los casos caracteriza a la vía gubernativa previa hace particularmente dramática esta situación, que resulta concebida más en beneficio de la Administración que en garantía de los administrados.

Creemos, entonces, que se impone emprender un proceso de modernización de nuestros ordenamientos para darle a los recursos administrativos un verdadero carácter de garantía de los administrados, no sólo para asegurar la legalidad como garantía esencial en el Estado de Derecho, sino también, para asegurar un efectivo y rápido acceso a la justicia..

En nuestra Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que regula el proceso contencioso-administrativo, el agotamiento de la vía administrativa es indispensable para la admisión de los recursos en sede jurisdiccional (art. 124). Sería deseable que en una próxima reforma a dicha Ley (o, por qué no, mediante una decidida interpretación jurisprudencial que



contraponga a las demasiadas y odiosas prerrogativas de la Administración, el derecho de los administrados a la efectiva tutela jurisdiccional) se configuren los recursos administrativos con carácter facultativo, para que los propios afectados por el acto sean a quienes corresponda valorar en exclusiva la conveniencia o no de agotar las posibilidades de arreglo de sus diferencias antes de acudir a la vía, indudablemente más costosa, del proceso.

La reciente promulgación en España de una Ley del Procedimiento Administrativo Común, en la que los legisladores no se acogieron a la proposición que en este sentido venía haciendo la doctrina mayoritaria, provocó que los maestros GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ reaccionaran enérgicamente diciendo:

"nuestra opinión era, pues, netamente favorable a la eliminación del carácter de carga que los recursos administrativos tenían en el marco de la Ley de Procedimientos Administrativos, de forma que su configuración respondiera exclusivamente a la idea de garantía, susceptible de ser utilizada a voluntad por los interesados, a los que debería dejarse resueltamente expedito el acceso a los Tribunales en el caso de que estuvieran dispuestos a impetrar directamente esta garantía, única objetiva, sin privarles tampoco de apurar las posibilidades de obtener una solución de la propia Administración recurriendo primero ante ésta, si estimaban esta alternativa más conveniente a sus intereses...

Las eventuales objeciones a esta tesis -conveniencia de asegurar a la Administración la oportunidad de reconsiderar sus decisiones erróneas o de evitar litigios innecesarios, por ejemplo-, decíamos también, carecían de consistencia en nuestra opinión, ya que la experiencia más común demuestra que cuando se trata de asuntos de alguna importancia es infrecuente que la Administración rectifique. Tales rectificaciones sólo suelen producirse en los asuntos de importancia reducida y, preferentemente, en aquellos sectores o ámbitos en los que se producen en masa actos administrativos de pequeña o ínfima cuantía (tráfico por ejemplo), supuestos estos en los que la conversión en facultativa de la vía administrativa de recurso apenas alteraría las cosas ya que, por razones económicas obvias, los recursos, aun siendo facultativos, seguirían utilizándose en la misma medida...

Nuestras opiniones de entonces, que no tenían contradictor conocido en la doctrina, han sido desoidas por el legislador de la LPC, que ha reformado

el sistema anterior por otros caminos sin atenerse a guía alguna, ni solicitar asistencia de ningún tipo, ni valorar tampoco las experiencias que ofrece el Derecho de los países que nos son más próximos, en una actitud incomprensible de francotirador que implica un desconocimiento (o un desprecio) sorprendente de una idea absolutamente elemental, a saber: que el Derecho es, por encima de todo, consenso y que la Ley que no se esfuerza en asegurar a éste, está condenada al fracaso”.

Por su parte, JESUS GONZALES PEREZ y FRANCISCO GONZALES NAVARRO en su libro sobre el "Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común" español expresan lo siguiente:

"La exigencia de que antes de acudir al proceso administrativo, se interponga recurso administrativo, sin embargo, no tiene sentido. En este punto concreto, no es un sector, sino la generalidad de la doctrina la que ha venido defendiendo que los recursos administrativos se mantengan únicamente con carácter protestativo".

Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, de la evidencia de la infracción del Ordenamiento jurídico en que el acto incurre o de circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará por esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil”.

De manera que si bien el procedimiento administrativo sirve a la garantía de la legalidad del ejercicio del poder, no es menos cierto que con su exagerada regulación en materia de recursos se debilitan otras importantes garantías del administrado.



Por ello, insistimos en que la regulación del recurso administrativo como presupuesto procesal debe admitirse siempre que se dé al particular la posibilidad de acudir cuanto antes al proceso, salvo que él tenga confianza en alcanzar sus pretensiones por la vía administrativa.

En nuestro sistema, además, el agotamiento de la vía administrativa no sólo supone la interposición obligatoria de los recursos de reconsideración y jerárquico sino que, como para hacer más pesado el fardo al administrado, cuando el acto emana de órganos subalternos de los institutos autónomos, la Ley contempla dos recursos jerárquicos: uno, ante los órganos superiores de dichos institutos, y otro, ante el respectivo ministro de adscripción.

I. LOS ABUSOS DE LA AUTOTUTELA

Otro aspecto de la conferencia PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCESO que creímos interesante comentar, por la perturbación que el procedimental produce en la efectividad de la tutela jurisdiccional, es el referente a la interpretación que en algunas ocasiones se da al principio de la autotutela administrativa.

Las técnicas de autotutela -se ha dicho- se justifican en la necesidad de que la Administración gestione con objetividad los intereses generales. Son pues técnicas de gestión eficaz de los servicios públicos, los cuales no pueden paralizarse por la necesidad de recabar asistencias judiciales previas.

Pero el problema está en que esa facilidad de una actuación jurídica como la que permite la autotutela administrativa constituye una tentación permanente para aplicarla fuera de los supuestos específicos de gestión de los servicios públicos, como un medio de eludir los procedimientos más complejos de la tutela judicial, que debe seguir siendo la regla de la vida civil. Al respecto dicen GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, con sobrada razón, que nuestros ordenamientos han caído, de manera especial últimamente, en esa tentación con alguna frecuencia. Ello conviene advertirlo -dicen- tanto para impulsar en lo posible su rectificación como

para que la aplicación de las normas que han extravesado el ámbito propio de la autotutela administrativa se haga con criterios restrictivos, por tratarse de excepciones a una regla común, o de verdaderos privilegios odiosos.

En primer término -denuncia el maestro- está la aplicación de la autotutela administrativa al campo de las relaciones *inter privados*, fórmulas que PARADA ha llamado arbitrales porque la Administración actúa supraordenadamente a los intereses en juego, como un árbitro (en nuestra legislación tenemos que juega la Administración en materia inquilinaria y en materia de registro de de la propiedad industrial).

Pero más grave -apuntan- es la extensión de las técnicas de autotutela administrativa al ámbito sancionatorio o represivo, en primer término, aplicando la técnica de la sanción administrativa no sólo al incumplimiento de obligaciones especiales respecto a la Administración (incumplimiento del funcionario; potestad disciplinaria, etc), sino también a las infracciones cometidas contra el ordenamiento en general, en el ámbito de las relaciones de supremacía general, (infracciones de orden público, o de contrabando, o de mercado, etc.). En segundo término, haciendo disponibles como sanciones administrativas los bienes básicos de la vida civil, como la libertad (recuérdese el abominable ejercicio que hacen los jueces de las facultades que tienen para dictar medidas de arresto que -de paso- en la casi totalidad de los casos las toman sin que medie procedimiento previo) y el ejercicio profesional (las consabidas suspensiones que acuerdan los Tribunales disciplinarios de los Colegios profesionales, los Consejos de Apelaciones de las Universidades, etc).

Pues bien, se comprende inmediatamente, primero, que la autotutela administrativa está aquí fuera de lugar, puesto que las sanciones se aplican no para tutelar ninguna situación jurídica de la Administración, sino el orden social en su conjunto (es, pues, como dicen GARCIA y FERNANDEZ, una heterotutela y no una autotutela), y segundo, que la disponibilidad por la Administración de esos bienes básicos de los ciudadanos trastorna las bases de la vida social y, en particular, la posición central que en ella tiene el juez penal.

Esto debemos revisarlo minuciosamente. Así como en la actividad llamada arbitral la Administración sustituye indebidamente al juez civil, así en



esta actividad sancionatoria viene a sustituir indebidamente al juez penal. En los dos casos la autotutela administrativa está notoriamente aplicada fuera de su ámbito y en los dos también se suplanta por la Administración el papel de los jueces en la vida colectiva que es exclusivo y excluyente, tanto en los juicios civiles como en los penales, infringiéndose aquí además el principio *nulla poena sine iudicio* y que, obviamente, debe aplicarse a un concepto material de pena, desde la perspectiva del ciudadano, sin que sea lícito el equilibrio semántico de que las sanciones administrativas no son verdaderas penas.

Es al juez, en efecto, al que pertenece en exclusiva la heterotutela de que en realidad aquí se trata.

La aplicación tanto en el caso de la actividad arbitral como en el de las sancionatoria, pero especialmente en el segundo, de la técnica de la ejecutoriedad inmediata de las decisiones administrativas, de la carga impugnatoria desplazada al destinatario, del carácter no suspensivo de los recursos judiciales, supone negar en muchos casos, pura y simplemente, la efectividad práctica de una tutela judicial efectiva.

PARADA dice que si no se quiere infringir el principio *NULLA POENA SINE IUDICIO* es forzoso aceptar el carácter automático de la suspensión con motivo de la interposición de los recursos administrativos y jurisdiccionales. De lo contrario -apunta- seguirá vigente la contradicción no explicada ni justificada, de que la ejecución de las penas impuestas por los jueces y Tribunales se suspende por la simple interposición de los recursos procedentes y que ese mismo efecto garantizador no se produzca cuando la potestad punitiva del Estado se actúa a través de las autoridades o funcionarios administrativos, cuya fiabilidad desde el punto de vista de la independencia y objetividad se presume inferior a la de los jueces. No se comprende -termina PARADA- que se den más garantías de defensa a los que atentan contra la vida, la libertad o la integridad de las personas que a quienes lo hacen contra bienes jurídicos de menor rango, como son los que tutela la potestad sancionatoria de la Administración (intereses urbanísticos, fiscales, organizativos, etc.) jugando allí la presunción de inocencia hasta que se agote el último recurso judicial, mientras que en el segundo caso se lleva a cabo la ejecución de las sanciones aún cuando resten una o dos instancias judiciales por pronunciarse.

Por todo esto, creemos que hay que revisar algunas instituciones del procedimiento para evitar su hipertrofia en desmedro del derecho a una pronta y eficaz justicia.

**LA SUSPENSION DE EFECTOS Y
OTRAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**



LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**Por Juan Carlos Esguerra Portocarrero
Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional. Decano
Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Javeriana. Bogotá.**

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Más allá de la notable pluralidad de criterios con la que se tropieza al buscar una definición precisa de lo que son las medidas cautelares, de todos ellos bien puede deducirse en todo caso la existencia de una noción conceptual básica comúnmente aceptada. Se trata, en esencia, de una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora en su decisión.

De allí se desprenden los principales rasgos que, por definición, distinguen a todas las medidas cautelares: su naturaleza instrumental, su carácter casi siempre accesorio, preventivo y meramente provisional, y su necesaria limitación temporal.

Quienes se ocupan de este tema, ordinariamente abordan su análisis a partir de la elaboración más o menos pormenorizada de una clasificación de todas las medidas cautelares imaginables, desde distintos puntos de vista. Así, suelen distinguirse las que apuntan a precipitar o a detener la ejecución de un acto, las que se orientan directamente a proteger los derechos y los bienes de las partes o de terceros, las que buscan preparar o anticipar la realización de ciertas etapas procesales, las encaminadas a conjurar el riesgo de maniobras tendientes a hacer nugatorio el resultado futuro del proceso, las que miran a crear, «congelar» o prolongar deter-

minada situación de hecho o de derecho, y las que, al contrario de estas últimas, se dirigen a hacer cesar un cierto estado de cosas.

De todas ellas existen conocidos ejemplos en los distintos ordenamientos jurídicos del llamado derecho continental europeo y, por supuesto, en los de los países de Iberoamérica, principalmente en materia de procedimiento civil.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si bien solo algunos de los códigos administrativos o contencioso administrativos de Iberoamérica contienen un capítulo referido concretamente al tema de las medidas cautelares en su conjunto, y no obstante que de ordinario ni la jurisprudencia ni la doctrina suelen hacer mención alguna de éste -con la sola excepción del mecanismo de la suspensión provisional-, es indudable que en el Derecho Procesal Administrativo también existe todo un sistema de medidas cautelares.

El está constituido, en parte, por algunas de las consagradas en los códigos de procedimiento civil¹, y, en parte, por algunas de carácter especial, que son propias y exclusivas del derecho público.

1. Las Medidas Cautelares del Procedimiento Civil

La posibilidad de extender parcialmente la aplicación de las medidas cautelares del procedimiento civil al ámbito del Derecho Procesal Administrativo resulta, en general, de que, por ejemplo en Colombia, en los términos del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, ellas en nada contradicen los principios y las reglas del sistema jurídico público -y si por el contrario encajan perfectamente dentro del esquema de varias de sus estructuras procesales.-

Además, en el caso concreto de los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva o en el de los procesos ejecutivos propiamente contencioso admi-

¹ al que con frecuencia hacen remisión más o menos expresa las normas procesales propiamente administrativas.



nistrativos que recientemente han comenzado a surgir ², tal posibilidad se desprende de lo expresamente dispuesto por el artículo 252 *ibidem*, cuando señala que en estos procesos se aplicará el Código de Procedimiento Civil, salvo en lo relativo al trámite de las apelaciones, las consultas, los recursos de queja y los incidentes de excepciones.

En cuanto se refiere a las normas de este último código que regulan ciertas otras medidas cautelares, ellas bien pueden aplicarse en aquellos procesos contencioso administrativos cuyas características no los hagan incompatibles con ellas.

Así ocurre, por ejemplo, en materia del trámite de ejecución de las sentencias contencioso administrativas (artículos 177 y 179 del Código Contencioso Administrativo y 334 y ss. del Código de Procedimiento Civil), con las disposiciones que se refieren al embargo y secuestro de bienes, que regula el Título XXXV de este último.

Tal es también, en relación con todos los tipos de acciones contencioso administrativas (artículos 84, 85, 86, 87 y 88 del Código Contencioso Administrativo colombiano), y con todos los procesos de esa misma índole (artículo 168 *ibidem*), el caso de la práctica anticipada de pruebas que regula el Capítulo IX del Título XIII del Código de Procedimiento Civil.

Y por lo que hace a cualquiera de las acciones contencioso administrativas cuyo trámite procesal eventualmente pudiere versar de modo reflejo «sobre dominio u otro derecho real principal constituido en bienes muebles o inmuebles, ... o sobre una universalidad de bienes de cualquier naturaleza» - según lo dispuesto por el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.-, tal puede perfectamente ser el caso de los mecanismos cautelares de inscripción de la demanda y de secuestro de bienes muebles, consagrados en dicha norma.

Las demás medidas cautelares que regula el estatuto procesal civil, bien se refieren específicamente a determinados juicios de esa misma índole como las relativas a los de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de

² en Colombia apenas a partir de la expedición del nuevo estatuto legal de contratación administrativa, contenido en la Ley 80 de 1993.

separación de bienes, de liquidación de sociedades conyugales, de interdicción y de sucesión-, y no resultan en absoluto compatibles con la naturaleza de los procesos administrativos, o bien tienen una reglamentación especial en el Código Contencioso Administrativo, al menos en el caso colombiano.

2. Las Medidas Cautelares Propiamente Contencioso Administrativas

Si bien dijimos ya que en Colombia el Código Contencioso Administrativo no contiene una regulación sistemática en materia de medidas cautelares, y ni siquiera una referencia expresa a esa denominación procesal, no por ello puede afirmarse que en él no se haya estatuido medida cautelar alguna.

Por el contrario, varias de las disposiciones de dicho código se ocupan de ciertas figuras instrumentales, propias del Derecho Administrativo, pero que, a la vez, por el aspecto procesal, constituyen típicas medidas cautelares.

Tal es el caso de los mecanismos consistentes en la prestación de cauciones y en la suspensión provisional.

A. La prestación de cauciones.

La prestación de cauciones es una medida cautelar típica del derecho procesal general. Consiste en la exigencia que la ley le hace a una de las partes de un proceso, a fin de que, para prevenir un eventual perjuicio a su contraparte o a un tercero como consecuencia de ciertos actos procesales, o para repararlo si él llegare a causarse, ella establezca una garantía consistente en una suma de dinero, una fianza, una hipoteca o prenda, una póliza de seguro, etc.

Como quiera que este tipo de medidas cautelares muy frecuentemente debe constituirse con ocasión de la práctica de otras medidas de la misma índole y, muchas veces, precisamente para conjurar los efectos dañinos de estas últimas, se las suele designar con el nombre de «contracautelas».



En materia contencioso administrativa, la prestación de cauciones aparece regulada en los artículos 140³ y 190⁴ del código correspondiente, que la señalan como requisito para la viabilidad de las demandas contencioso administrativas en los procesos relativos a impuestos, tasas, contribuciones, multas u otros créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, y para la del recurso extraordinario de revisión, respectivamente.

En uno y otro eventos, la caución es indispensable para la admisión de la demanda. Pero mientras en el caso de la revisión el otorgamiento de la caución es claramente posterior a la presentación del escrito correspondiente y debe esperar a que el magistrado ponente examine la petición y señale la cuantía por la que aquélla debe constituirse, en el de la demanda ordinaria el asunto plantea algunas dudas.

En efecto, la ubicación del mencionado artículo 140, dentro del conjunto de normas relativas a la demanda, sus requisitos, sus anexos y su interposición, parecería indicar que la prestación de la caución debe cumplirse antes de la presentación del respectivo libelo, y que éste debe acompañarse del comprobante correspondiente. Empero, la exigencia que se hace en la parte final de dicha norma, en el sentido de que la caución debe otorgarse «a satisfacción del ponente», da lugar a que se pregunte cómo puede saberse anticipadamente el tipo y la cuantía de la caución que habrán de satisfacer al magistrado.

Por consiguiente, ello induce a considerar la hipótesis de que dicho funcionario estime insuficiente la caución prestada por el actor, y, en los términos del artículo 143 *ibidem*, resuelva no darle curso a la demanda o inadmitirla, por carecer de uno de los requisitos legales.

3. su texto, tal como quedó después de la sentencia de inconstitucionalidad de parte de él que profirió la Corte Suprema de Justicia el 25 de julio de 1991, reza así: « Si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto».

4. su texto, tal como quedó después de subrogado por el Decreto Ley 2304 de 1989, dispone que «el ponente, antes de resolver sobre la admisibilidad de la demanda, determinará la naturaleza y cuantía de la caución que debe constituir el recurrente, en el término que al efecto le señale, para garantizar los perjuicios que pueda causar a quienes fueron partes en el proceso. Si la caución no se presta oportunamente, se declarará desierto el recurso. Las entidades públicas no están obligadas a prestar caución».

La duda fue despejada recientemente por la jurisprudencia del Consejo de Estado que, en providencia del 7 de diciembre de 1994⁵, señaló que «la caución no es un anexo de la demanda, ni un requisito o formalidad que el demandante deba acreditar con la presentación de la misma, ya que éste no está en la obligación de acompañar el comprobante de haberla prestado, sino que se requiere de un pronunciamiento previo, por parte del ponente, que señale el monto de tal caución».

Por lo que respecta a las condiciones generales de las cauciones y a las reglas relativas a su prestación, a falta de precisión en el Código Contencioso Administrativo, debe acudir a lo dispuesto por el Título XXXIV del Código de Procedimiento Civil.

B. La suspensión provisional

En contraste con la prestación de cauciones, la suspensión provisional es una figura propia y característica del derecho procesal administrativo.

Si bien se trata de una típica medida cautelar, forzosamente debe comenzar por decirse que ella es, ante todo, una garantía ciudadana, en el pleno sentido de la expresión, instituida en favor de los administrados como parte del sistema de contrapesos concebido para balancear el enorme y sobrecogedor acervo de potestades de que goza la Administración. En tal carácter, la suspensión provisional es hoy, sin duda, una de las más claras y eficaces expresiones del Estado de derecho contemporáneo.

En realidad, ella consiste en una especie de cortapisa al poder casi absoluto que el rotundo principio de la presunción de legalidad les concede a los actos administrativos.

Además, en muy buena medida, el mecanismo cautelar de la suspensión provisional se ha establecido con el propósito de evitar que los perjuicios que de por sí habrán de seguirse del desbordamiento del marco legal en el que incurre el acto administrativo cuestionado, aumenten irremediablemente como consecuencia de la tardanza con la que ordinariamente se deciden los litigios judiciales.

⁵ contenida en auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del que fue ponente el entonces consejero Doctor Miguel González Rodríguez (expediente 3107).



La medida consiste en la facultad de la que dispone, quien demanda la anulación de un acto administrativo -en acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho-, de solicitar y obtener, en ciertos casos que los jueces contencioso administrativos dispongan la suspensión temporal de los efectos de la decisión impugnada, mientras se resuelve definitivamente acerca de su conformidad o inconformidad con el orden jurídico.

Como bien lo señala el español Rodríguez-Arana, «la esencia de la suspensión consiste en constituir una típica medida de control del aparato administrativo por el poder judicial, para evitar que el privilegio de la ejecutividad adquiera un marcado cariz arbitrario en detrimento de los derechos e intereses de los particulares»⁶.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones⁷ en donde la suspensión provisional también puede proceder en la vía gubernativa⁸, en Colombia ella sólo existe en materia contencioso administrativa.

Ello es apenas evidente, si se tiene en cuenta que, entre nosotros, la ejecutoria de los actos administrativos tan solo comienza después de surtido el trámite de dicha vía gubernativa⁹, y que, por lo tanto, la suspensión provisional durante su trámite carecería de sentido, por simple sustracción de materia, ya que no hay efectos que suspender, puesto que ellos no han comenzado.

En otras palabras, bien puede decirse que en el derecho colombiano la interposición de los recursos administrativos contra los actos de carácter particular, automáticamente produce el efecto de suspender sus efectos hasta cuando aquéllos se deciden expresa o tácitamente.

6. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, La Suspensión del Acto Administrativo, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 185.

7. La española, por ejemplo, en la que también se dan ciertos casos de suspensión provisional en vía administrativa y económico administrativa. Sobre el particular véase a RODRIGUEZ-ARANA, ob. cit, págs. 241 y ss.

8. es decir, en el trámite de los recursos que se surten contra los actos administrativos ante la propia administración que los produjo.

9. no obstante los varios intentos -en buena hora fallidos- que se han venido haciendo en años recientes, encaminados a conseguir que en algunas materias la ley disponga la ejecutoria de los actos a partir de su notificación a los interesados y que, por ende, los recursos de la llamada «vía gubernativa» se surtan en efecto diferido y no en efecto suspensivo.

Como tantas otras de las figuras propias del sistema procesal administrativo, la suspensión provisional es de estirpe francesa, y su origen se remonta a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto del 22 de julio de 1806, que facultó al Consejo de Estado para disponer el aplazamiento de la ejecución de los actos administrativos que se impugnaban ante él ¹⁰.

En Colombia, la institución de la suspensión provisional se consagró por vez primera en la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832, si bien no propiamente como una medida de carácter jurisdiccional, sino más bien de índole administrativa.

En efecto, el artículo 162 de aquella Carta Política dispuso que “el Congreso tiene la facultad de anular todos los actos y resoluciones de las Cámaras de provincia ¹¹; el Poder Ejecutivo tiene la de suspenderlos en los casos de que sean contrarios a la Constitución o a las leyes, o que no estén dentro de sus facultades; pero dará cuenta al próximo Congreso para su resolución definitiva; y el Gobernador de la provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos, pero dando aviso sin demora al Presidente de la República para ejecutar lo que por éste se resuelva.

La “jurisdiccionalización” de la suspensión tuvo lugar con la adopción de la Constitución Política de la Confederación Granadina de 1858, cuyo artículo 50 le otorgó a la Corte Suprema de Justicia la atribución de “suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

Las sucesivas constituciones y reformas constitucionales conservaron lo esencial de este sistema, con algunas precisiones ¹², hasta 1945 cuando el Acto Legislativo No.1 vino a regular definitivamente las bases de la sus-

¹⁰ Este mecanismo se conoce en Francia con el nombre de «sursis a execution» y forma parte del conjunto de las medidas provisionales o cautelares del derecho contencioso administrativo, denominados procedimientos de urgencia (procedures d'urgence).

¹¹ cuerpo colegiado que, en las provincias en que por entonces se dividía la república, cumplía funciones equivalentes a las que hoy les corresponden a las Asambleas Departamentales.

¹² Véanse los artículos 72 de la Constitución de 1863; 135, 191 y 195 de la de 1886, y 58 y 64 del Acto Legislativo No. 1 de 1910.



pensión, señalándole las principales características que hoy tiene. Su avance más señalado consistió en que su artículo 42 -el 193 de la correspondiente codificación- extendió el radio de acción de la figura a los actos administrativos del orden nacional, ya que hasta entonces se lo había circunscrito a los del orden territorial. Además, y en forma definitiva, le asignó la competencia de la suspensión a los jueces contencioso administrativos.

Posteriormente, el constituyente de 1991 agregó algunas oportunas precisiones, tanto en materia conceptual como en el punto de la delimitación del ámbito de la suspensión provisional.

Respecto de lo primero, al disponer que “la jurisdicción contencioso administrativa podrá suspender provisionalmente... los efectos de los actos administrativos...”¹³, precisó claramente que la suspensión no atañe a la existencia o a la validez del acto administrativo, sino a su funcionalidad, es decir, a su capacidad de producir efectos. Por virtud de la medida cautelar, está claro entonces, que es ésta y no aquéllas la que resulta afectada. Así pues, el acto se mantiene incólume pero como en una especie de estado de hibernación.

Y por el lado de lo segundo, es decir, por el del radio de acción de la suspensión provisional, la misma norma constitucional, en cuanto la circunscribió a los “actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”, subrayó implícitamente, si bien de modo indudable, la condición accesoria de esta medida cautelar. La norma anterior hablaba, genéricamente, de los “actos de la administración”.

Por su parte, el legislador, a quien por supuesto le corresponden la reglamentación y el desarrollo del precepto constitucional¹⁴ y quien desde la Ley 130 de 1913 había venido ocupándose del tema -lo que luego continuó haciendo en las leyes números 80 de 1935, 167 de 1941 y 12 de 1945-, ha sido, en últimas, el encargado de darle a la suspensión provisional el sentido, el alcance y la forma precisos que hoy tiene en nuestro ordenamiento jurídico. Estas disposiciones quedaron consignadas en el

¹³. artículo 238.

¹⁴. aún cuando éste no lo señale así hoy expresamente, como sí lo hacía la norma anterior a 1991.

Código Contencioso Administrativo de 1984 y luego se modificaron en 1989 por medio del Decreto Ley 2304.

De lo que actualmente señalan el artículo 238 de la Constitución y el 152 y siguientes del citado código, se deducen las siguientes características que en Colombia tiene hoy la institución de la suspensión provisional:

a) La competencia para disponerla sólo la tienen el Consejo de Estado y los tribunales administrativos. Por lo tanto, es evidente que se trata de una atribución de carácter jurisdiccional, exclusiva de los jueces contencioso administrativos.

b) La suspensión provisional procede, tanto para los actos administrativos de contenido general, como para los de contenido particular, pero en ambos casos solamente en cuanto unos y otros sean susceptibles de impugnación por vía judicial, como atrás se dijo. Ello significa que la medida cautelar en cuestión procede, en primer término, contra los actos de carácter definitivo, ya que ellos son los actos impugnables jurisdiccionalmente por antonomasia. Pero también, que de la misma manera puede proceder contra ciertos casos actos preparatorios o de actos de ejecución, en cuanto ellos sean demandables por la vía judicial. Esto último, como consecuencia del claro mandato constitucional ya citado, y no obstante que la norma legal que hacía expresa referencia a la viabilidad de suspender provisionalmente determinados actos preparatorios y determinados actos de ejecución¹⁵ fue derogada por el Decreto Ley 2304 de 1989 en razón de las serias dificultades prácticas a las que dio lugar su aplicación¹⁶.

¹⁵ el artículo 153 del código de 1984, denominado «de la suspensión provisional en prevención», conforme al cual la suspensión provisional también procedía «contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto administrativo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso» y «contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no han sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades han impedido que se recurra ... La suspensión impedirá completar o ejecutar los actos definitivos».

¹⁶ Tal vez la razón determinante que condujo a la brusca derogación de dicha norma consistió en que, a raíz de algunas controvertidas decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado en ciertos casos particularmente sensibles, que en su momento captaron toda la atención nacional, en Colombia comenzó a hacer carrera la tesis de que esa llamada suspensión en prevención era una acción autónoma, y su trámite un verdadero proceso de carácter definitivo.



- c) Su aplicación requiere, indispensablemente y en todos los casos, de una expresa solicitud de parte, de modo que no puede ser decretada de oficio.
- d) la suspensión provisional no es una acción autónoma, como que solamente procede dentro de un proceso judicial en cuyo fondo lo que se debate es la juridicidad o la antijuridicidad y la consiguiente anulabilidad de un acto administrativo, bien en ejercicio de la acción pública de nulidad¹⁷, bien en el de la privada de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁸.
- e) la solicitud de suspensión debe elevarse expresamente antes del auto admisorio de la demanda, bien sea en el propio cuerpo de la demanda, o bien mediante escrito separado que en todo caso se presente antes de su admisión.
- f) por el aspecto de fondo, los requisitos legales necesarios para que proceda la suspensión son: i) que el acto impugnado sea manifiestamente contrario a una norma jurídica de jerarquía superior; ii) que la contradicción entre el acto y la norma superior sea de tal manera evidente, que

Como era de esperarse, esos planteamientos desataron en su oportunidad un apasionante debate acerca de la naturaleza procesal y el alcance de la suspensión en prevención.

Efectivamente, a lo largo de varias providencias dictadas a partir de 1987, el Consejo de Estado comenzó a elaborar toda una teoría, según la cual "vistos los términos de la redacción misma del artículo 153, bien puede afirmarse que allí no se consagra en verdad una medida cautelar, una auténtica suspensión provisional supeditada a una petición principal de nulidad de un acto administrativo, sino una petición principal sui generis..." ()

Para explicar este aserto, ya antes se había dicho () que "la suspensión en prevención (artículo 153 de C.C.A.) constituye un incidente autónomo, no accesorio de una acción de impugnación de un acto administrativo.

Consiguientemente, el propio Consejo dijo más adelante () que como la solicitud de suspensión en prevención no está supeditada a una petición principal de nulidad, para "su definición es menester estudiar en el fondo todas las cuestiones que se han planteado, y analizar igualmente todas las probanzas que se han aducido..."

Así pues, en síntesis, según la citada jurisprudencia del Consejo de Estado (), la suspensión en prevención es muy distinta de la suspensión provisional regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, como que, a diferencia de ésta, constituye una "medida cautelar principal", una verdadera "acción preventiva".

¹⁷. artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁸. artículo 85 *ibidem*.

para apreciarla baste con una simple comprobación, bien a través del mero cotejo del uno con la otra, bien mediante un sencillo análisis probatorio sobre documentos que tengan el carácter de públicos y que se hayan acompañado a la solicitud; iii) que, si la acción contencioso administrativa que se intenta es la privada de nulidad y restablecimiento del derecho, además se demuestre, siquiera sumariamente, el perjuicio real o potencial que del acto impugnado se sigue para el actor.

g) como medida típicamente cautelar, la suspensión es accesoria, preventiva, provisional y temporal. Con todo, en vigencia de la suspensión provisional en prevención de la que atrás se habló, el Consejo de Estado colombiano llegó a decir que se trataba de una «medida cautelar principal», desnaturalizándola así por completo, dado que una medida cautelar no puede ser una acción principal aunque eventualmente haya de tramitarse en forma independiente en ciertos casos especiales-. Así lo señalan, a una sola voz, autores como Carnelutti, cuando afirma que «el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser autónomo»¹⁹; o Couture, cuando señala que «las medidas cautelares sólo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal. Son forzosamente accesorias de éste»²⁰; o Rodríguez-Arana, que sostiene que el proceso de suspensión provisional «aparece como accesorio al principal, en el que se ventila la impugnación del acto administrativo»²¹; o Mairal, quien dice de la suspensión provisional, que «siendo una medida cautelar, es accesoria a la acción o recurso que promueve el particular para debatir el fondo de la cuestión»²².

Si bien los anotados requisitos y las características de la suspensión provisional en el derecho colombiano coinciden, en términos generales, con los que ordinariamente presenta en buen número de las legislaciones inspiradas en el sistema continental europeo, es indiscutible que aquél plantea, en frente de éstas, notables diferencias.

¹⁹. Instituciones del Proceso Civil, Vol I, pag. 87, Buenos Aires, 1973.

²⁰. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, pág. 326. Buenos Aires, 1985.

²¹. La Suspensión del Acto Administrativo, pág. 188, 1986.

²². Control Judicial de la Administración Pública, pag. 802, Buenos Aires, 1984.



La primera y la más importante consiste en que mientras en el sistema descrito la medida cautelar gira principalmente en torno de la violación protuberante y evidente de una norma superior por parte del acto impugnado, en la mayoría de los demás ordenamientos jurídicos ella está centrada en el carácter irreparable o difícilmente reparable del perjuicio que ese acto le irroga al actor. Tales son por ejemplo los casos de Francia, España y Venezuela²³. En este último ordenamiento jurídico, la existencia de ese daño constituye condición esencial de la suspensión provisional,²⁴. Por tal razón, -mientras en estos ordenamientos solo pueden ser materia de suspensión los actos de alcance particular y concreto, o aquellos que se demanden a través de una acción contencioso administrativa de carácter privado, en el derecho colombiano la figura lo mismo es aplicable a los actos generales que a los particulares, y tanto puede solicitarse y decretarse dentro de la acción pública de nulidad como dentro de la privada de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho de otra manera, en Colombia la suspensión provisional no solamente sirve para mejor tutelar los derechos y los intereses individuales, sino también para la más adecuada protección de la integridad general del orden jurídico.

El problema que plantea el derecho colombiano, o por lo menos las dudas que despierta, tienen que ver con el riesgo de un prejuzgamiento. En efecto, si de un lado ocurre que el fundamento de la suspensión es el carácter protuberante de la violación de una norma superior, y del otro la razón de fondo de la impugnación del acto es esa misma violación del orden jurídico, la primera inquietud que surge es la de que lo que se resuelva sobre la medida cautelar -especialmente si se accede a ella- puede comprometer de antemano la decisión final sobre la juridicidad o la antijuridicidad del acto demandado. Tal vez es esa la razón de que nuestros jueces contencioso administrativos hayan sido tradicionalmente tan timoratos en materia de suspensión provisional, y la de que, en conse-

²³. Nótese la diferencia entre el Citado artículo 152 del Código Contencioso Administrativo colombiano y el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

²⁴. Así lo ha señalado claramente la jurisprudencia venezolana en sucesivas y reiteradas sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Suprema de Justicia, entre las cuales vale la pena citar la de aquella, del 11 de mayo de 1980, en la cual se dijo que "es menester, como requisito 'sine qua non', que la no suspensión de los efectos del acto administrativo de que se trate, cause o produzca un daño irreparable o de difícil reparación en la decisión definitiva que sobre el asunto se produzca", (citada por Luis A. Ortiz Alvarez en la obra mencionada en la Nota 25).

cuencia, tan útil e importante garantía ciudadana no haya tenido en Colombia ni el desarrollo ni la trascendencia práctica que sería de desear. Nuestros jueces contencioso administrativos no han adquirido verdadera conciencia acerca de que, como bien lo señaló recientemente el profesor Ortiz Alvarez en su nota introductoria a su trabajo ya citado, «el tema de las medidas cautelares... probablemente sea el alma, la tabla de salvación de la desesperantemente lenta justicia administrativa».

En Argentina, aparte de los requisitos anotados, es necesario demostrar, además, que la suspensión no habrá de afectar el interés público.

Una segunda diferencia entre el sistema colombiano y varios otros del hemisferio, entre ellos el venezolano²⁵, consiste en que en éstos la suspensión provisional también es susceptible de solicitarse y decretarse dentro del trámite de la vía gubernativa, es decir ante la autoridad administrativa encargada de decidir los recursos de reposición o apelación que por regla general proceden contra los actos administrativos.

Por último debe decirse que, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Francia y Alemania, en los cuales existen otra serie de medidas cautelares propias del contencioso administrativo además de la suspensión provisional²⁶, en Colombia, lo mismo que en Argentina, no hay otro tipo de medidas cautelares en esta materia.

25. sobre el particular, y en general en materia de medidas cautelares en el derecho venezolano, consúltese el completísimo trabajo de Luis A. Ortiz Alvarez, «Jurisprudencia de Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo (1980-1994)» Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995.

26. en Francia el «procédure de référé» o procedimiento de urgencia, y el «constat d'urgence» o declaración de urgencia; y en Alemania la «Ernstweilige Anordnung» u orden provisional.

**LA SUSPENSION DE EFECTOS Y
OTRAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**



**LA SUSPENSION DE EFECTOS Y OTRAS MEDIDAS
CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**Por Hildegard Rondón de Sansó
Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela**

**I.
INTRODUCCION**

Ilustres participantes a estas Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Allan Randolph Brewer-Carías, antes de iniciar el desarrollo del tema que me ha sido encomendado, deseo expresar mi profundo agradecimiento a los organizadores de este evento, por esta extraordinaria oportunidad de exponer la experiencia venezolana en la materia relativa a la suspensión de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar.

Para atender a la brevedad, concisión y novedad que se exige en un comentarista de quien no sólo, no se pretende que disertar monográficamente sobre la materia, sino que, incluso se le prohíbe fácilmente que lo haga, voy a efectuar mi exposición sobre dos puntos concretos:

1. Una síntesis histórica de las medidas cautelares en el sistema contencioso-administrativo venezolano.

Como se ve, será una escueta narración de los hitos que han conformado la aplicación de las cautelas contra la Administración recurrida.

2. La presentación de una figura de inelplente desarrollo en nuestro país, como lo es la "reedición " o "reproducción" de los actos administrativos.

Estimo que este binomio que comprende la sistematización cronológica del desarrollo de la suspensión y la novedad de una figura destinada a combatir el autoritarismo de los Poderes Públicos, pueda ofrecer un panorama cabal del derecho venezolano, que habrá de ser complementado

con la magistral exposición del Profesor Gustavo Urdaneta, Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

II.
ETAPAS DEL EJERCICIO DEL PODER CAUTELAR
DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO VENEZOLANO

Podemos enunciar las etapas en la siguiente forma:

1era Etapa.

La suspensión del acto administrativo como creación jurisprudencial. Esta etapa concluye con la puesta en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976, en cuyo artículo 136 se consagra la suspensión de los actos individuales.

2da Etapa.

Periodo que va desde la promulgación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a la reforma del Código de Procedimiento Civil del 22 de enero de 1986, que consagra el poder cautelar general del juez a través de la aplicación de las medidas cautelares innominadas.

3era Etapa.

La admisión de la suspensión del acto como amparo cautelar en un procedimiento accesorio contra la Administración. Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales del 22 de enero de 1988.

Veamos lo relevante de cada una de estas etapas:

1era Etapa

La suspensión de efectos fue la medida cautelar por excelencia en el contencioso-administrativo de anulación, en el cual, el objeto de la litis era la nulidad de un acto administrativo formal.

En efecto, en la evolución del contencioso-administrativo que se produce con anterioridad a la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, la cual consagrara el poder cautelar general del Juez, a través del



conocimiento de que el mismo puede dictar medidas cautelares innominadas, la suspensión fue utilizada como medio provisional de tutela por la Corte Federal y por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que sucediera a dicho tribunal. Posteriormente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 30 de julio de 1976, publicada en la Gaceta Oficial de la misma fecha, estableció expresamente la facultad de suspensión de los actos individuales en su artículo 136 (ubicado en la Sección IV -Disposiciones Comunes a los Juicios de Nulidad de Actos de Efectos Generales o de Actos Efectos Particulares; del Capítulo 11 -De los Procedimientos en Primera y Única Instancia; del Título V -De los Procedimientos) con el siguiente contenido:

"A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio.

La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio"

Con la entrada en vigencia de la norma transcrita, se planteó la duda de si los tribunales *contencioso-administrativos especiales*, podían utilizar o no la facultad cautelar de suspender los actos administrativos individuales. Al efecto, el texto de la Ley Orgánica permitió que los tribunales contencioso-administrativos generales que fueron creados por dicha Ley (Título VII Disposiciones Transitorias), aplicaran la figura de la suspensión en la forma en que lo consagra el artículo 136. En efecto, el artículo 181 de dicha Ley al establecer los tribunales contencioso-administrativos regionales, asignándoles competencia para conocer de los recursos de nulidad contra los actos emanados de autoridades estatales o municipales impugnados por razones de ilegalidad, señaló que *"en la tramitación de dichos juicios, los tribunales superiores aplicarán en sus casos, las normas establecidas en las Secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II, Título V de esta Ley"* con lo cual queda comprendido dentro de su competencia el artículo 136.

Asimismo, respecto a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, también se le acordó en el artículo 185 penúltimo aparte, la facultad de

aplicar los procedimientos y las facultades previstas en la antes mencionada Sección IV del Capítulo II del Título V.

Diferente era la situación respecto a los tribunales especiales (Tribunal de Carrera Administrativa, Tribunal de Apelaciones de Inquilinato), respecto a los cuales no había ninguna disposición expresa que los facultara para suspender los actos. En el caso de los Tributarios Contencioso-Fiscales, el Código Orgánico Tributario previó, sin embargo, en su artículo 178 que la interposición del recurso contencioso-tributario suspende la ejecución del acto recurrido, previendo igualmente la suspensión del acto en vía administrativa cuando se interponga el recurso jerárquico (artículo 162).

Respecto a la suspensión automática en vía administrativa, se aprecia la diferencia de la misma con el sistema de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece la facultad de suspender el acto, cuando se interponga el recurso administrativo, lo cual, sin embargo, no opera automáticamente (artículo 87), sino que, por el contrario, se señala el principio de que *"la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario"*. La suspensión, es sin embargo posible en vía administrativa, tanto de oficio como a petición de parte, si el acto recurrido puede causar grave perjuicio al interesado, o si la fundamentación del recurso es la nulidad absoluta del acto.

A pesar de lo antes dicho, respecto a los tribunales contencioso-administrativos especiales, no les era expresamente aplicable la facultad suspensiva del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, al principio, tímidamente, en base a la analogía; pero posteriormente con mayor seguridad y sin fundamentarse en la mencionada fuente, los tribunales contencioso-especiales se consideraron facultados para acordar la medida cautelar.

Por su parte, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y los restantes tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa general, fueron creando una abultada jurisprudencia sobre la suspensión del acto, al punto tal que uno de los argumentos con los cuales se rechazaba la aplicación de la figura del amparo constitucional contra los actos de la Administración Pública, se fundaba en el hecho de que el efecto



fundamental del amparo contra tales actos, se lograba con la suspensión, sin necesidad de utilizar la figura del amparo.

2da Etapa:

Con la vigencia del Código de Procedimiento Civil reformado el 22 de enero de 1986, se reconoce la potestad cautelar del juez mediante la facultad de acordar medidas cautelares innominadas (artículo 588, párrafo primero). Para los jueces contencioso-administrativos, hubo un momento de duda sobre la aplicación en el procedimiento contencioso-administrativo de la normativa del Código de Procedimiento Civil, y en especial del poder cautelar general. La respuesta, sin embargo, fue unánime en el sentido de considerar que el Código de Procedimiento Civil era la norma de Derecho Común en el sistema procesal¹

- (1) Al efecto en la monografía *"La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares"*, en el Capítulo I párrafo primero señalaba:
- "El Código de Procedimiento Civil ha sido calificado como norma supletoria de los procedimientos que rigen a las jurisdicciones especiales. Esto significaría que las disposiciones del mencionado Código se aplican cuando falta una norma específica reguladora de la materia y sólo en tal caso.*
- Para afianzar este carácter supletorio puede argüirse la naturaleza de la Ley ordinaria que el Código posee, a diferencia del de leyes orgánicas que tienen la mayoría de las normas reguladoras de los procedimientos especiales. Al efecto, el contencioso-administrativo general se rige por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; el contencioso fiscal por el Código Orgánico Tributario; el procedimiento agrario por la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo. Si se estima que la ley orgánica predomina sobre la ordinaria, la jerarquía del Código de Procedimiento Civil no puede ser sino la de una norma supletoria.*
- La cuestión sin embargo, se contradice con los siguientes,*
- La disposición del artículo 163 de la Constitución que alude a las leyes orgánicas, no puede ser interpretada pacíficamente como el establecimiento de una supercategoría de normas, como se hiciera en los momentos inmediatos siguientes a la vigencia de la Constitución del 61, sino que, la tendencia actual luego en la efervescencia original que acogiera tal interpretación, es en el sentido de considerar que el único aparte del artículo 163 contiene simplemente una norma de política legislativa y, cuando no se admite esta tesis, la posición general es la de analizar el sistema en su globalidad a los fines de determinar la jerarquía que en el mismo posee cada texto. (En tal orientación se coloca la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17.01.83, relativa al conflicto entre la Ley Orgánica de Educación y la Ley de Carrera Administrativa).*
- Por otra parte, un código es, por definición de la propia constitución (artículo 162), la reunión sistemática de las normas relativas a una determinada materia y, en consecuencia, su noción escapa a su simple calificación de ley ordinaria frente a la ley orgánica. En efecto, disposiciones contenidas en las leyes orgánicas y en las leyes ordinarias pueden por igual aparecer sistematizadas en un Código.*
- Lo anterior constituye la base del rechazo de que el Código de Procedimiento Civil juegue en el sistema procesal el papel de una normativa exclusivamente supletoria.*
- Ahora bien, una vez negado que el Código de Procedimiento Civil posea tan sólo el señalado valor supletorio. ¿Cuál es el que debe atribuírsele? En nuestra opinión el que corresponde a la norma de Derecho Común frente a los derechos especiales, esto es, el dispositivo que proyecta*

3ra Etapa:

Posteriormente es dictada la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales el 22 de enero de 1988, en la cual se consagra el amparo contra la Administración en la forma más amplia (artículo 2 “*la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisiones provenientes del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal.. (omissis)...*”).

sus principios sobre todas las instituciones procesales, salvo que una norma lo excluya expresamente

En el sistema contencioso-administrativo el problema está planteado en la forma siguiente:

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece en el artículo 81 que “las acciones o recursos de que conozca la Corte se tramitarán de acuerdo con los procedimientos establecidos en los Códigos y Leyes nacionales, a menos que en la presente Ley, o en su Reglamento interno se señale un proceso especial”.

De la redacción de la norma emerge el orden jerárquico de las fuentes reguladoras del procedimiento contencioso-administrativo, que sería el siguiente:

Fuente principal: La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y su Reglamento Interno.

Fuente supletoria: Los Códigos y Leyes Nacionales.

La primera consideración que emerge al respecto es la circunstancia de que pareciera manifiestamente contrario a derecho que el Reglamento Interno de la Corte predomine sobre los Códigos y Leyes Nacionales, por cuanto su naturaleza no le permite tener eficacia externa, y por ello mal puede prevalecer sobre una Ley reguladora de la materia, (no puede dejar de reseñarse la opinión que ha sido sostenida en el sentido de que tal Reglamento, que aún no ha sido dictado, entraría entre las fuentes, en base a lo dispuesto en el artículo 102 ejusdem, esto es, por la facultad de la Corte de establecer el procedimiento que estime más conveniente cuando no exista uno expresamente previsto para el caso, al cual se aludirá de inmediato). Sin embargo, no cabe duda de que el citado artículo 81 consagra el carácter supletorio del Código de Procedimiento Civil frente a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Este carácter está expresamente señalado en su artículo 88 que indica: “Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte”.

Por su parte, el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia señala que a falta de un procedimiento expreso contemplado en dicha Ley, así como en los Códigos y otras Leyes Nacionales “la Corte podrá aplicar el que juzgue más conveniente de acuerdo con la naturaleza del caso”.

De la normativa expuesta, el orden normativo según la comentada disposición reguladora del Contencioso-Administrativo, sería el siguiente:

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 81).

Reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia (artículo 81).

Códigos y Leyes Nacionales (artículo 81 y, específicamente, el Código de Procedimiento Civil artículo 88).

Facultad de la Corte de aplicar el procedimiento que considere más conveniente de acuerdo a la naturaleza del caso (artículo 102).

A pesar de las anteriores disposiciones cabe preguntarse si efectivamente, el Código de Procedimiento Civil es una norma de aplicación supletoria o si, por el contrario, merece el calificativo más importante como lo es el de ser norma de Derecho Común.

El Título Preliminar del Código de Procedimiento Civil en sus Disposiciones Fundamentales establece las reglas básicas del proceso que, tal como lo indican sus proyectistas en la Exposición de Motivos, tiene validez en todas las instituciones procesales, salvo disposición en contrario. Se consagran así principios como el de la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana; el principio de la legalidad de la forma de la realización de los actos en el proceso, con su



Igualmente el artículo 5 estableció el amparo contra los actos administrativos, actuaciones materiales vías de hecho, abstenciones u omisiones de la Administración, e incluso reguló en forma específica la figura de la acción de amparo que se ejerza en forma conjunta con el

complemento novedosísimo del principio del logro del fin, contenido en la fórmula del artículo 7 que indica: "Cuando la Ley no señala la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo". Se establece el principio de la irretroactividad de la norma procesal así como el de su aplicación inmediata, se contempla el de la celeridad procesal igualmente el del "nemo iudex sine actore" en virtud del cual en materia civil sólo puede procederse a instancia de parte, a menos que el juez esté autorizado para actuar de oficio o cuando proceda en resguardo del orden público o de las buenas costumbres. Se consagra el principio de que el juez es el director del proceso y por ello debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión, así como los de igualdad y de interés procesales y el principio dispositivo del proceso.

Puede afirmarse que en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Civil se contemplan en sus Disposiciones Fundamentales todo aquello que es constitutivo de las bases de la actuación de las partes y del juez en el proceso.

Al lado de lo anterior, es evidente que el Código de Procedimiento Civil define a lo largo de su articulado las instituciones básicas del proceso, en forma tal que se presenta como el derecho común de todo el sistema procesal venezolano, ya que determina el significado y alcance de las figuras, las cuales, las leyes especiales aluden y por ello es el medio de "calificar" el contenido de los conceptos formales que los jueces han de aplicar. Así como en el Derecho Internacional Privado es necesario calificar, esto es, darle contenido a lo que la norma de conexión quiso establecer, así en el Derecho Procesal para entender el alcance de una institución procesal es menester ir a la búsqueda de la norma donde esté dado su sentido y por ello la relación se hace al Código de Procedimiento Civil. Por ejemplo, ¿Qué se entiende por perención de la instancia? Las leyes o Códigos especiales podrían aludir a ello, pero su noción y alcance hay que buscarla en el Código de Procedimiento Civil.

Visto en la forma que antecede, el Código de Procedimiento no es simplemente una norma de derecho supletoria o fuente supletoria, sino que es una norma de derecho común. Esto es, la fuente esencial de la normativa que ilumina las instituciones de los procesos especiales y en base a cuyo criterio éstos han de ser orientados. De allí que el Juez Especial no puede aplicar su normativa con prescindencia del Código de Procedimiento Civil, utilizándolo tan sólo cuando existan lagunas en su propio sistema; sino que, el Juez Especial ha de realizar tal labor a la luz de las disposiciones que el Código de Procedimiento Civil contempla, porque es él quien las califica (es decir, quien determina su sentido y orientación) salvo que exista una disposición expresa que lo derogue.

Por ejemplo, cuando el nuevo Código de Procedimiento Civil elimina el sistema de las audiencias y establece que sólo los lapsos de prueba (promoción, evacuación) se cuentan por días de despacho, el Juez Especial no puede insistir, aún cuando su ley lo establezca, que los lapsos se computan por días de audiencia, por cuanto en el derecho común procesal esa figura ya no existe. Es esta la posición que acogemos y que estima que, más que hablar de subsidiariedad del Código de Procedimiento Civil, debe considerársele como norma de derecho común de todo el proceso y, específicamente, del Contencioso-Administrativo que no es otra cosa que el régimen que rige la relación procesal cuando la acción se dirige contra una Administración Pública como figura subjetiva, o bien contra un acto o actuación que a la misma se imputa, o finalmente, cuando tal objeto constituye un acto de autoridad, esto es, una decisión que, por mandato legal, esté dotado del poder de afectar la esfera de los derechos subjetivos de accionante (imperatividad)".

recurso contencioso-administrativo de anulación o contra las conductas omisivas de ésta, indicando en su primer aparte que *"en estos casos el juez en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.*

Parágrafo único: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurrido los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa"

Situación Actual:

Lo anterior es la situación actual del sistema venezolano, en el cual la jurisprudencia y la doctrina han venido elaborando una amplia tesis de la suspensión que ha desarrollado entre otros problemas los siguientes:

- 1.- La suspensión contra los actos generales;
- 2.- La suspensión contra las conductas omisivas;
- 3.- La suspensión contra los actos denegatorios,
- 4.- La suspensión contra los actos temporales;
- 5.- La suspensión de los actos que han condicionado sus efectos;
- 6.- La suspensión parcial de los actos;
- 7.- La suspensión de los actos normativos.

La Sala Politico-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia suspendió los efectos de un acto general por primera vez en el año 1981 en el caso Andrés Velázquez Vs. Asamblea Legislativa del Estado Bolívar, en la cual fue acordada la suspensión de la ley de presupuesto del Estado Bolívar. Posteriormente en la sentencia dictada en fecha 15 mayo de 1992, Jesús A. Soto Luzardo Vs. Consejo de la Judicatura, en la cual la Sala negó que en base al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se pudiese suspender los efectos de la convocatoria del concurso de oposición para Juez Superior del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia; pero sin embargo, se fundó en el artículo 588 parágrafo 1º del Código de Procedimiento Civil, esto es, dictó una medida cautelar innominada de suspensión.



En fecha 15 de febrero de 1993, en el caso Gastón José Navarro Dona y Rafael Rosales Peña Vs. decisión del Consejo Supremo Electoral, acordó por vía de medida cautelar innominada, suspender los efectos de actos generales de autoridades públicas.

En el trabajo que precedentemente mencionara ("La suspensión de los efectos de los actos administrativos en la esfera de las medidas cautelares"), señalamos que los puntos fundamentales de la jurisprudencia en materia de suspensión de efectos han sido los siguientes:

1. ¿Puede el juez que decide la suspensión tocar aspectos de fondo del objeto principal del recurso?
2. ¿Existen categorías de actos que por su naturaleza no pueden ser objeto de suspensión?
- 3.- ¿Existen situaciones objetivas que constituyen por sí solas un motivo de suspensión?

Proposiciones:

En materia de suspensión de los actos generales, me declaro arraigada a los principios mas estrictos porque aquí está planteado el eterno dilema entre el interés del recurrente que es siempre personal si se va al fondo de la situación subjetiva que se trata de tutelar, y el interés de la colectividad, que es el que teóricamente se trata de regular.

Si un acto se destina a una pluralidad indeterminada de sujetos entre quienes habrá quienes desean que se hagan efectivos sus efectos y un sujeto que se opone a ello, ¿por qué levantar su eficacia en beneficio de alguien que bien puede ser el único que lo desee?

No cabe tampoco a mi juicio, distinguir entre actos generales normativos y actos no normativos, por cuanto la situación no varía respecto al argumento expuesto. Creemos que la situación sólo puede resolverse mediante la *inaplicación* al caso concreto del acto impugnado y, por voluntad expresa del legislador, acordar la suspensión cuando la norma expresamente lo prevé.

En el Derecho Venezolano, el único caso es el de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que en su artículo 179 prevé la suspensión de la ordenanza impugnada.

III.
LA TESIS DE LA REEDICION
DEL ACTO A LOS FINES DEL EFECTO CAUTELAR

La práctica del contencioso-administrativo ha dado origen a una nueva figura cautelar que rige en todos los procedimientos de "impugnación" que ha sido denominada "reedición", "reproducción" o "reiteración de los actos". En efecto, los primeros lineamientos de la cautela aludida emergen del contencioso-administrativo; sin embargo, en la esfera del recurso de inconstitucionalidad también se ha hecho presente. Es esta la razón por la cual la consideramos propia de todas las vías jurisdiccionales de control de los actos públicos.

La situación que da nacimiento a la *reedición* del acto, puede, como veremos, englobarse genéricamente dentro del vicio de *desviación de poder*; pero vista en el campo de la Teoría de las Nulidades, se presenta con un ámbito más restringido que si se le otorgase autonomía propia, por cuanto permite extender al acto reeditado los efectos cautelares que el juez hubiese dispuesto respecto al acto originario; en cuanto que, calificado exclusivamente como motivo de impugnación, su verificación incidiría sólo en la esfera de la validez del acto, en la oportunidad en que el juez dicte la sentencia anulatoria. De allí que, es más útil procesalmente sostener la autonomía de la figura de la reedición del acto y no subsumirla en la de los vicios o motivos de impugnación (específicamente en el de desviación de poder).

La reedición del acto está constituida por la emanación de un nuevo acto idéntico en su contenido y finalidad a uno precedente que hubiese sido objeto, bien de su extinción o modificación por parte de un órgano diferente al que lo dictara, o bien de una impugnación de inconstitucionalidad o de ilegalidad ante un juez competente, en vista de la cual se ordenara la suspensión.

Los elementos constitutivos de la definición precedentemente enunciada, son los siguientes:

1. Origen de la reedición:

Emanación de un nuevo acto por una autoridad pública.



2. Características del nuevo acto:

El nuevo acto se presenta idéntico o semejante en su contenido y finalidad a uno precedentemente dictado por la misma autoridad, e incluso en la jurisprudencia española, se asume la hipótesis de que se trate de acto de "*contenido incompatible*" (Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 1987).

3. Destino del acto originario:

El acto originario fue afectado en su eficacia jurídica:

A) por la extinción o modificación de sus efectos por un órgano diferente al que lo dictara; o bien;

B) por la suspensión temporal de su eficacia por vía jurisdiccional, en atención a un recurso de nulidad formulado en su contra.

4. Objetivo de la reedición:

La finalidad u objetivo de la reedición se presume constituida por la intención del órgano autor del acto de reafirmar el contenido de su decisión originaria, aún cuando esté de por medio la potestad de control legítimamente ejercida por otro órgano ajeno a su esfera.

Como se puede apreciar, dos son los supuestos generales que hemos enunciado:

A) Es dictado un nuevo acto idéntico en sus elementos esenciales a un acto precedente, *cuya eficacia* ha sido eliminada por un órgano ajeno al autor del acto originario.

El enunciado nos revela las siguientes posibilidades: 1) El acto fue revocado por una autoridad superior; 2) el acto fue derogado por una norma posterior; 3) el acto fue modificado por un órgano de control de mérito o de legalidad externa; 4) la eficacia del acto fue suspendida parcial o totalmente.

Las situaciones que hemos señalado precedentemente aluden tanto a los actos individuales, como a los actos normativos cuya competencia corresponde a una Administración, incluso como se diera en fecha reciente, en el sistema venezolano, pueden plantearse también respecto a los actos

de gobierno, es decir, a los dictados por el Presidente de la República, solo o en Consejo de Ministros en ejecución inmediata de la Constitución.

Dentro de las hipótesis expuestas, se plantea el caso del ejercicio de la potestad revocatoria del jerarca sobre el acto del inferior; del ejercicio del poder de control fiscal sobre los actos de contenido económico; el control político de los actos de gobierno por el Parlamento; y, naturalmente, el control jurisdiccional de los *actos de autoridad* por parte de los tribunales constitucionales y contencioso-administrativos.

Véase que la figura se vincula con la *eficacia* del acto, bien sea que la misma haya desaparecido totalmente como consecuencia de la extinción del acto, o bien que haya sido eliminada temporalmente mediante la suspensión de sus efectos.

El último de los supuestos mencionados es el más reiterado en la práctica. Sucede en efecto, que al ocurrir el administrado ante el tribunal contencioso-administrativo a solicitar la suspensión temporal de los efectos de un acto, e incluso algo más grave, el otorgamiento de un mandamiento de amparo que levante la eficacia de un acto lesivo de un derecho constitucional, la administración autora del acto, para eludir el dispositivo de un fallo suspensivo, puede proceder a la revocatoria del acto suspendido y a dictar un nuevo acto con el mismo objeto y contenido. Es posible que la Administración incluso deje en vigencia el acto impugnado, y dicte uno nuevo, modificando alguno de sus elementos, pudiendo fundarse en hechos sobrevenidos capaces de incidir sobre la misma esfera de las materias objeto de la decisión.

La Administración trata así de eludir el control del juez y desconocer la protección que el mismo le ha otorgado al administrado.

Ha sido mérito de la jurisprudencia aislar los casos en que se trata de una verdadera reedición del acto. Entre nosotros, dos sentencias, ambas en igual sentido, de la misma naturaleza y del mismo organismo, ha reconocido la figura.

Por otra parte, en fecha reciente, se le imputó al Decreto N° 285 de suspensión de garantías constitucionales, ser la reedición del Decreto N° 241 del 27 de junio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial 35490 de la



misma fecha, que había sido revocado parcialmente por acuerdo del Congreso de la República, alegándose que en el nuevo Decreto de suspensión se tipificaba la figura de la reedición.

A. Consecuencia de la Reedición del acto.

Si se considera que un acto posterior no es sino la reedición de un acto anterior, las consecuencias que de ello derivan serán las siguientes:

a. El procedimiento incoado contra el primer acto se extenderá al segundo, por lo cual ambos serán considerados como objetos plurales de la impugnación. No se tratará de un *nuevo* objeto o causa petendi sobrevenido, sino de la prolongación del mismo acto originario. De allí que, el juez podrá pronunciarse no sólo sobre el acto inicial sino también sobre el acto que se califique como reeditado;

b. La extinción del primer acto no puede llevar a la declaratoria de que *"no hay materia sobre la cual decidir"* en el recurso de nulidad porque el mismo se considera, sobrevive en el acto reeditado. La declaratoria de que no hay materia sobre la cual decidir, sólo puede recaer por no haber existido nunca o por haberse agotado el objeto de la litis; pero si éste está presente, aún cuando no sea el originario sino su sucedáneo, el órgano jurisdiccional *debe* pronunciarse al respecto. Lo anterior está presente tanto en relación con los actos individuales ya que, en el reeditado está presente el objeto y la finalidad del extinguido, como respecto a los actos generales normativos que produjeron consecuencias jurídicas relevantes en el tiempo;

c. Constatada la reedición, esto es, la identidad entre los actos, la medida cautelar que fuera acordada respecto al primero se trasladará al segundo.

Como puede apreciarse, la teoría de la reedición del acto es una respuesta efectiva a la práctica administrativa de reafirmar la vigencia de sus decisiones automáticamente por encima de cualquier poder de control. Generalmente las administraciones públicas y los entes de autoridad, ante la impugnación de sus actos administrativos entran en una frenética actividad contra el derecho del impugnante, para obligarlo a regresar a la vía administrativa, abriéndole varios frentes, en forma tal de entorpecerle o impedirle la gestión jurisdiccional. El desenmascarar la reedición del

acto es el primer paso para combatir los poderes autoritarios que la administración ejerce, alejados de sus objetivos fundamentales que el derecho le exige, que no son otros que los del bien público, cuando actúa obcecada por la soberbia o cualquier otro fin de esos que se denominan inconfesables.

B. Elementos necesarios para que se tipifique la reedición de un acto.

De la exposición que antecede, se deducen los elementos que tipifican la figura de la reedición del acto; sin embargo, para mayor precisión y comprensión de la doctrina establecida al efecto, podemos enunciar como tales los siguientes:

- a. Emisión de un mismo acto sustancialmente idéntico;
- b. Emitido por una misma autoridad;
- c. Emitido por una misma causa;
- d. Emitido para los mismos efectos.

La jurisprudencia española nos otorga un caso de enorme importancia. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 28 de octubre de 1987, en la cual se señaló que: *"La Administración queda afectada por el principio de efectividad de la tutela a no poder hacer la reproducción total o parcial del acto anulado o a la omisión de otros actos de contenido incompatible, sin obligar a los vencedores a asumir las cargas de nuevos procesos teóricamente indefinidos"*. Admitió así el Tribunal Constitucional que los actos ulteriores a la sentencia anulatoria que supongan reiterar el acto anulado, o al menos el cumplimiento defectuoso o puramente aparente del fallo, pueden ser eliminados por medio de simples incidentes de ejecución por la Sala que dictó la primera sentencia.

El criterio en virtud del cual se consagró el principio fue el de la tutela de la cosa juzgada.

El nuevo Código Contencioso-Administrativo de Colombia, establece en su artículo 158 que *"ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas.."*



La doctrina colombiana admite de entrada, una excepción a la regla del citado artículo 158, en virtud de la cual los actos pueden ser reproducidos cuando las causas jurídicas que motivaron la decisión desaparecen. En Colombia, en consecuencia, al existir la regla expresa que prohíbe la repetición del acto suspendido o anulado por parte del mismo órgano que dictara el originario, se ha podido llegar a la conclusión de que el acto repetido (reeditado) debe ser suspendido de inmediato, aún cuando contra el auto que acuerda la suspensión se interponga cualquier tipo de recurso. La suspensión es, así, *automática*, por lo cual basta con que se la solicite en cualquier etapa y estado del proceso, con la copia del acto repetido, correspondiéndole al juez acordarla de inmediato.

Debe excluirse del supuesto de la reedición la convalidación del acto por el órgano competente, es decir, lo que algunos autores denominan legitimación, esto es, si el acto suspendido hubiese sido impugnado por incompetencia del órgano y es ratificado por el que si la posee (potestad convalidatoria), no podría hablarse de reedición, por cuanto falta el requisito de la identidad orgánica.

C. Nulidad del acto reeditado.

¿Al ser anulado el acto reeditado, decaen los efectos del acto originario o, por el contrario, el acto originario mantiene su vigencia y es necesario continuar el juicio hasta sentencia definitiva?

En nuestra opinión, la nulidad del segundo acto no implica automáticamente la nulidad del primero, sobre todo si tal nulidad fue declarada por tratarse de un acto reeditado, estimándose que el vicio que lo afectaba es de desviación de poder. La nulidad del segundo deja en pie al anterior, pero la reedición es una prueba que puede hacerse valer respecto a la eventual ilegitimidad del fin perseguido por el acto.

D. Aspectos jurídicos de la Reedición.

En la reedición del acto juegan dos elementos diferentes:

- a. El problema de la suspensión del segundo acto si la misma hubiese sido acordada por el juez, y,
- b. El problema de la nulidad declarada de alguno de los actos (del originario o del reeditado o reproducido).

Respeto a la suspensión, el derecho venezolano, a diferencia de otros sistemas, no contempla una norma expresa que permita la suspensión automática del segundo; sin embargo, la jurisprudencia del caso Mochima fue en el sentido de extender al acto reeditado la suspensión del acto originariamente impugnado. A pesar de lo anterior, la señalada falta de norma expresa puede llevar al juez a abrir una articulación probatoria sobre la eventual solicitud de suspensión, por lo cual en el estado actual de nuestro derecho no puede afirmarse tajantemente que exista una suspensión automática.

La segunda circunstancia es la de la nulidad del segundo acto que, de ser declarada por un motivo diferente al de la desviación de poder, podría tocar los elementos esenciales que aparecen en el acto originario, tales como la incompetencia o el abuso de poder. En tales casos, aún cuando no exista, en nuestra opinión, una traslación de tales vicios al acto originario, sin embargo, el juez podría subsumir la irregularidad del segundo en la figura originaria y declarar la extinción de dicho acto.

En el caso del fallo de fecha 26 de octubre de 1990, el Decreto N° 1030 del 19 de julio de 1990 derogó el Decreto 270. Se trataba de una orden de demolición de varios inmuebles, con la fijación de un plazo a los destinatarios para que procediesen a efectuarla.

La Sala Politico-Administrativa había acordado la suspensión del artículo 2 del Decreto N° 270 del 9 de junio de 1989, respecto a la orden de demolición o remoción de construcciones en el área del Parque Nacional Mochima. Posteriormente, la Administración revocó el Decreto impugnado pero dictó una nueva orden de demolición. La Corte había motivado la suspensión del Decreto 270 estimando que la orden de demolición en el mismo contenida implicaba para los recurrentes un daño de difícil reparación, por la sentencia definitiva y la dificultad de devolver las bienechurias a su estado original, por lo cual, consideró procedente aplicar el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Razonó la Corte en el sentido de que estaba en juego el problema capital de los sistemas procesales de control de la legalidad de las actuaciones estatales, ya que se vincula con la ejecución de la sentencia a través de los cuales tal control se efectúa. Estimó que se conjugan aspectos constitucionales y procesales; respecto a los primeros, consideró que en



la garantía de la defensa judicial, se haya implícito el derecho a la ejecución de la sentencia, como forma de hacer efectiva una tutela. Citó al efecto la sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 21 de marzo de 1981, para la cual *"la inejecución pura y simple de una sentencia contencioso-administrativa, dejaría ignorado los derechos e intereses de la parte que obtuvo su tutela efectiva, a través de una sentencia favorable"*. Consideró el Tribunal Constitucional Español que *"difícilmente puede darse la existencia de un estado de derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes"* *"y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento si se produjera, no puede impedir en ningún caso la efectividad de la sentencia y resoluciones firmes"*. De allí que, consideró que *"es en el derecho a la defensa judicial a que se contrae el artículo 68 de la Constitución, donde se encuentra el fundamento del derecho de los ciudadanos de lograr la ejecución de la sentencia dictada en contra de los entes del Estado"*. Consideró igualmente que todo ello estaba vinculado al principio fundamental del derecho procesal que es la *"santidad de la cosa juzgada"*, que no está solo en la sentencia definitiva, sino también en las garantías de las medidas precautelativas. Se inspiró igualmente en el artículo 588, parágrafo 1º (disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida (c), que hubiese decretado, principios aplicables al contencioso-administrativo por el reenvío del artículo 588 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

Estimó que, la suspensión es una medida precautelativa como ha sido reconocida por fallo de la Corte Suprema de Justicia, ya que su finalidad es garantizar los posibles efectos anulatorios de la sentencia definitiva y evitar los daños irreparables al recurrente, por lo cual los órganos contencioso-administrativos deben velar por su ejecución.

Por lo anterior, la Corte pasó a verificar si el nuevo Decreto 10030 del 19 de setiembre de 1990 era una *reproducción* del Decreto suspendido, esto es, el N° 276 del 9 de junio de 1989, porque de serlo, la Sala tendría que asegurar la efectividad de la medida de suspensión acordada. Al efecto observó que, el Decreto 270 fue un desarrollo del Decreto 1305 del 26 de noviembre de 1981, que estableció el uso del Parque Nacional Mochima para impedir actividades y ocupaciones contrarias al fin de su creación. Por su parte, el Ejecutivo defendió la orden de demolición de la bienechurías, estimando que los demandantes no eran sus propietarios,

por cuanto sus títulos supletorios demostraban que fueron construidos sobre baldíos inalienables, y por ello su ocupación era ilícita y sus poseedores no tenían protección alguna, estando sin derechos limitados por la Ley Forestal de Suelos y Aguas, que prohíbe en las áreas de Parques Nacionales actividades distintas a la recreación. Consideró que la suspensión solicitada por los recurrentes, afectaba directamente el interés general de proteger los ecosistemas naturales y el medio ambiente, al permitir la realización de actividades degradantes del mismo.

Por su parte, el Decreto 10030 del 17 de setiembre de 1990 versa sobre el mismo objeto, y por ello dispone la destrucción de las bienechurias, sosteniendo que los ocupantes de baldíos inalienables, no pueden pretender derechos a ser expropiados o indemnizados. De allí que, se estableció nuevamente la orden de demolición, sólo que se les acordó un nuevo plazo. Por lo anterior, el Decreto 10030 reprodujo entre otras disposiciones la contenida en el artículo 2 del Decreto N° 270, por lo cual al reproducirse, la suspensión que había sido producida, la Sala en atención a la potestad de ejecución de que está investida y para asegurar la efectividad de su ejecución, analizó si la nueva ordenanza se ajustaba a las previsiones de los actos reeditados que enunció en la siguiente forma:

1. Que el acto reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones suspendidas.
2. Que no hubieren desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión.
3. Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma entidad que dictó el anterior.
4. Que quien solicite la suspensión del acto repetido se aparte en el proceso pendiente.
5. Que en el proceso en donde se dictó la medida de suspensión no se hubiere pronunciado sentencia definitiva.

Estimó la Sala que si se diesen todos los supuestos transcritos que son los que el derecho comparado exige (VER ARTICULO 158 DEL CODIGO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COLOMBIANO), procedería la



suspensión inmediata en el proceso pendiente, con la simple solicitud del interesado, acompañado del nuevo acto.

Indicó que, según el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia definitiva, la Sala tendría que resolver sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión de ser anulada o no el acto originalmente suspendido.

De la comparación del Decreto 10030 con el Decreto 270 llegó a la conclusión de que se refería al mismo objeto, respondía a iguales razones y fundamentos, perseguía fines idénticos, constituidos por la negativa del derecho de expropiación de las bienechurías de los baldíos inalienables y por ello estimó, que se trataba de una reproducción del artículo 2 del Decreto 270 del 9 de junio de 1989 y que además no habían variado los elementos que motivaron la suspensión a que se refieren los recurrentes, y que quienes solicitaron la suspensión del acto repetido eran parte en el proceso. Por consiguiente, con fundamento en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 588 y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consideró que se trataba de una reedición del acto suspendido, y por ello acordó suspender la orden de demolición.

Como los beneficiarios de la suspensión original, habían presentado cauciones aceptadas por la Sala ordenó que las cauciones fueran modificadas para asegurar las resultas del proceso.

E. Alegatos de reedición del Decreto 285 de suspensión de garantías en relación con el Decreto 241 de la misma materia.

En recurso interpuesto por los ciudadanos Ignacio Luis de León Delgado, Omar Enrique García Bolívar y Alexander Gallardo Pérez, profesores universitarios en el ámbito del Derecho Público, contra el Decreto 241 del 27 de junio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial 35490, de la misma fecha, por medio del cual se suspendieron en todo el territorio nacional las garantías establecidas en el artículo 60, ordinal 1º de la Constitución, así como la de los artículos 62, 64, 99 y 101, alegaron los recurrentes que el Decreto 285, dictado por el Ejecutivo en fecha 22 de julio de 1994 era un acto reeditado, señalando al efecto en el acto de informes del juicio de nulidad lo siguiente:

"El decreto 285 del Ejecutivo Nacional no es más que una reedición del Decreto N° 241 el cual había sido considerado por el Congreso de la República, quien acordó restituir todas las garantías constitucionales suspendidas menos la económica.

En atención a la doctrina planteada por esta Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 y 229 de noviembre de 1994 donde se ha señalado que aquellos actos que hayan perdido eficacia con motivo de declaratoria de nulidad judicial o porque sobre ellos se haya ejercido algún tipo de control por otra rama del poder público, y hayan sido reeditados con la única finalidad de cometer fraude a la ley, serán también objeto de la nulidad que haya abarcado al acto original del cual este último es sólo una reedición.

Los requisitos para la existencia de un acto reeditado son:

1. Emisión de un nuevo acto sustancialmente idéntico;
2. Emitido por la misma autoridad;
3. Emitido por las mismas causas;
4. Emitido para los mismos efectos.

En el caso presente, el Decreto N° 285 no tiene otra finalidad sino la de obviar el control que había ejercido el poder legislativo nacional sobre el Decreto N° 241. Tal había sido la intención del Ejecutivo en el Decreto N° 285 que incluso en los considerandos refiere que se ve obligado a mantener las medidas de excepción adoptadas por el Ejecutivo Nacional. Refiere también que "no han cesado las causas..." que originaron la primera suspensión. Al hacer referencia a la necesidad de mantener suspendidas las garantías constitucionales, deja evidencia que la intención era continuar en el tiempo. De allí su carácter de acto reeditado.

Igualmente indica que ratifica cada uno de los Decretos que fueron originados por el Decreto 241.

Adicionalmente, el hecho de que el Ejecutivo Nacional haya publicado el Decreto N° 285 en la misma Gaceta Oficial en la que fue publicado el Acuerdo del Congreso Nacional, es por lo menos revelador de una intención de obviar el control que había realizado el poder legislativo al Decreto N° 241. Por tal motivo consideramos que a pesar de que la suspensión actual deriva del Decreto N° 285, este no es sino una reedición del Decreto N° 241, razón por la cual y en atención al criterio sostenido en oportunidades anteriores por esta Corte, esta máximo tribunal debe pronunciarse sobre la nulidad del Decreto N° 285 por cuanto éste adolece de los mismos vicios que señaláramos en su oportunidad sobre el Decreto N° 241.

Si bien es cierto que la doctrina de los actos reeditados, repetidos, reproducidos o sobrevenidos fue aplicada con motivos de la suspensión de los efectos de actos dictados por el Poder Ejecutivo; sin embargo, ella tiene perfecta aplicación en los supuestos de impugnación de dichos actos. Su finalidad es "asegurar la efectividad de las decisiones y la tutela judicial de los recurrentes". De otro modo sería muy



fácil la promulgación de actos nuevos que repitan sustancialmente los dictados con anterioridad, evitando de esa manera que sobre cualquiera de los actos previos pudiera recaer pronunciamiento alguno. Por otra parte, por aplicación del elemental principio "IURA NOVI CURIA" mediante el cual se postula que el juez conoce el derecho, el juez debe declarar que tiene conocimiento de que un acto ha sido sustituido por otro posterior esencialmente igual, tal como fue consagrado en las sentencias citadas, emanadas de esta Corte."

**IV.
EXAMEN DEL ARTICULO 158 DEL CODIGO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DICTADO POR EL
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA MEDIANTE
DECRETO Nº 01 DE 1984**

El artículo 158 del Código Contencioso-Administrativo de Colombia establece lo siguiente:

"Reproducción del acto suspendido.

Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido, con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

Cuando está pendiente un proceso que se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma corporación o funcionario lo produjera contra la prohibición de este artículo, bastará solicitar la suspensión, acompañando copia del nuevo acto.

Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso; y en la sentencia definitiva se resolverá si se levanta o mantiene la suspensión "

Como puede apreciarse, el Código regulador del contencioso-administrativo no sólo regula expresamente la materia de la reedición del acto, sino que intituló el acto respectivo (artículo 158 del texto transcrito) con la "reproducción del acto suspendido". Este artículo se encuentra en el Título XVII (de la suspensión provisional), por lo cual lo ubica en el

campo específico de las consecuencias de la reedición que recae sobre el acto temporalmente ineficaz. En vista de una suspensión los supuestos que del artículo en cuestión establecen son los siguientes:

1. Prohibición de reedición del acto anulado o suspendido

Esta prohibición recae sobre el órgano autor del acto y se refiere a la interdicción de reproducirlo en un nuevo acto en sus características esenciales.

2. Excepción a la prohibición de reedición

No rige la prohibición anterior en los casos en que se hubiese producido el *decaimiento*. Recordemos que el decaimiento es el proceso en virtud del cual se produce la extinción del acto por la pérdida de los presupuestos fácticos o jurídicos para su existencia. En el caso presente, el decaimiento va a derivar de la pérdida de los fundamentos legales que dieron lugar a la anulación o a la suspensión.

3. Consecuencia de la constatación de que el acto ha sido reeditado

Al constatar que el acto ha sido reeditado, se permitirá al juez suspender *provisionalmente* sus efectos. Esta decisión es de cumplimiento inmediato, aún cuando contra la misma, hubiese sido interpuesta apelación. Para obtener la suspensión del acto reeditado, basta con solicitarla, acompañando con copia del nuevo acto.

4. Naturaleza del Procedimiento

El procedimiento de la suspensión del acto reeditado deberá tramitarse en forma sumaria, cualquiera que sea el estado del proceso. En la sentencia definitiva se decidirá la revocatoria o el mantenimiento de la suspensión.

Es interesante destacar que, en forma expresa se obliga a las autoridades locales (gobernadores, alcaldes) abstenerse de reeditar en los proyectos de actos generales que dictan (ordenanzas y acuerdos) disposiciones que hubiesen sido anuladas o suspendidas.

**EL PODER CAUTELAR DEL JUEZ
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
VENEZOLANO
ESPECIAL REFERENCIA AL AMPARO COMO MEDIDA CAUTELAR**



**EL PODER CAUTELAR DEL JUEZ
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

**ESPECIAL REFERENCIA AL AMPARO
COMO MEDIDA CAUTELAR**

**Gustavo Urdaneta Troconis
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela**

**I.
INTRODUCCION**

No puedo comenzar sin antes expresar la honda satisfacción que siento en haber podido contribuir, en tanto que Vicepresidente de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), en este homenaje a Allan BREWER-CARÍAS. Incuestionablemente merecido como homenaje público, dado el fundamental aporte del homenajeado a la consolidación y desarrollo del Derecho Administrativo en Venezuela, he participado en él sintiéndolo íntimamente como un homenaje personal, mezclado de afecto y agradecimiento, a quien como profesor me inclinó en definitiva hacia el Derecho Administrativo, a pesar de mi inicial orientación iusprivatista; a quien, en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central, contribuyó decisivamente en mi formación; y a quien ha tenido para conmigo incontables manifestaciones de aprecio.

Debo expresar también lo satisfactorio que me resulta el poder compartir el panel de esta mañana con quienes me han precedido en el uso de la palabra: el profesor Juan Carlos ESGUERRA, quien con tanta precisión de conceptos y elegancia en el decir nos ha expuesto un claro panorama sobre el régimen cautelar del contencioso-administrativo colombiano; y

la profesora Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, quien, con la agudeza de análisis y la capacidad de avizorar nuevas tendencias y figuras jurídicas que la caracterizan, nos ha ofrecido su visión acerca del poder cautelar del juez contencioso-administrativo en Venezuela, así como sus inquietudes intelectuales acerca de esa figura de la "reedición de los actos".

Mi intervención tendrá como objeto específico el amparo constitucional, cuando se nos presenta en su vertiente de medida cautelar. Pretendo compartir con ustedes algunas reflexiones, tal vez bastante contradictorias, que tan especial figura me ha provocado. Pero, quizá tales reflexiones no se comprendan bien si no ubicamos la figura objeto de análisis dentro de su adecuado contexto; por eso, habré de comenzar haciendo una especie de inventario de la panoplia de medidas cautelares con que cuenta en la actualidad el contencioso-administrativo venezolano, a mi juicio, bastante completa.

1. Amplitud del sistema cautelar contencioso-administrativo venezolano

A pesar de que no contamos en Venezuela con una ley contencioso-administrativa, que en forma específica regule sistematizadamente los diferentes aspectos de esta jurisdicción, el régimen actual en materia de medidas cautelares es relativamente satisfactorio. El arsenal del que se dispone al respecto es bastante amplio y tiende progresivamente a hacerse más versátil.

Desde ese punto de vista, el balance debe considerarse positivo, sobre todo si se tiene presente lo que nos expresaba Juan Carlos ESGUERRA en su exposición, acerca de que las medidas cautelares no tienen un carácter puramente técnico e instrumental, sino que constituyen verdaderas garantías para los derechos de las partes.

Dentro de este conjunto, como es sabido, desempeña un papel incuestionablemente protagónico la figura de la suspensión de efectos, por lo que merece un tratamiento específico. Pero no se trata de una figura exclusiva; luego de referirnos a ella, nos detendremos brevemente en otros tipos de medidas cautelares presentes en nuestro sistema, que completan el cuadro de posibilidades abiertas en esta materia.



A. Extensión, límites y expansión de la medida de suspensión de efectos del acto recurrido

Comencemos, pues, con esta medida, la más tradicional, la más conocida y la más utilizada en el contencioso-administrativo. Y no sólo en nuestro país. Ya, en estas mismas Jornadas, el profesor Roland DRAGO hizo referencia a ella (*el sursis à exécution*), en su lúcido análisis acerca de las nuevas perspectivas del contencioso-administrativo francés;¹ por su parte, el profesor ESGUERRA nos dio igualmente en su exposición una clara idea del lugar estelar que la misma ocupa en Colombia.

Ello se debe, evidentemente, a que esta figura es propia del contencioso de nulidad, que a su vez constituye el núcleo tradicionalmente fundamental dentro del sistema contencioso-administrativo. Sin embargo, en la medida en que este sistema ha ido evolucionando y se ha ido expandiendo y diversificando, la suspensión de efectos ha dado muestras de lo limitada que puede ser, debiendo sufrir ella también una consecencial evolución.

Repasemos someramente las que podríamos considerar las principales manifestaciones de ese fenómeno, partiendo de las características que el ordenamiento positivo asigna a esta figura.

a. La previsión legal: desarrollo y limitaciones.

La suspensión de efectos del acto recurrido se encuentra regulada en el conocido artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo texto vale la pena transcribir:

"A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio.

"La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio."

1 Roland DRAGO: "Un nouveau juge administratif", en la obra colectiva *Contencioso-administrativo, que recoge las ponencias presentadas en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías"*, editada por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1995, pp. 22 y 23.

De su lectura se desprenden las características asignadas a esta figura por el legislador: es un mecanismo cuya iniciativa se ofrece exclusivamente a las partes, sin que esté prevista la posibilidad de su aplicación de oficio por el juez; éste la acuerda o no, en función de su apreciación acerca de la irreparabilidad de los daños a la parte solicitante, o de la dificultad de su reparación; cuando la acuerda, puede fijar caución al solicitante; finalmente, puede revocarla cuando éste deje de dar adecuado impulso al proceso. Sobre este último punto, la jurisprudencia ha precisado que, a posar de la expresión utilizada en el texto, no se trata con propiedad de una revocatoria por contrario imperio, puesto que la decisión que acuerda la suspensión no es una providencia de mera substanciación, sino una verdadera sentencia; constituye, por el contrario, un caso de decaimiento o caducidad procesal.²

a' Desarrollo jurisprudencial

Esta figura ha tenido un gran desarrollo en la jurisprudencia contencioso-administrativa, debido, en gran medida, al frecuentísimo uso que de ella hacen los recurrentes. Por su parte, los tribunales suelen acordar la suspensión en algunos tipos de recursos con mayor facilidad que en otros, en función de la naturaleza de la relación jurídica implicada en el recurso. Así, se encuentra una significativa proporción de solicitudes declaradas con lugar en los recursos de anulación contra actos de calificación de despido dictados por los órganos administrativos laborales,³ con base en la consideración de la naturaleza "cuasi-jurisdiccional" de los recursos;⁴ sin embargo, en otros recursos igualmente calificados como "cuasi-jurisdiccionales", como son los referentes a la materia inquilinaria, se encuentra la tendencia opuesta, a declarar improcedentes las solicitudes de suspensión de efectos, por lo demás menos frecuentes. Gran utilización tiene también este mecanismo en los recursos de anulación interpuestos contra actos sancionatorios, como son, por ejemplo, los que imponen

2 Sentencia de fecha 3-6-87, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (en adelante, CPCA) en el caso Consorcio Preco Wayss-Borde Seco.

3 Ver Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA): *15 años de jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Años 1977-1992*. Vol. I: *Comisiones Tripartitas. Inspectorías del Trabajo*. Caracas, 1994., pp. 147 y ss.

4 Ver Luis A. ORTIZ ALVAREZ: *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 126.



órdenes de arresto, con base en la potestad disciplinaria de los jueces, dada la evidente irreparabilidad del eventual daño en estos casos.⁵

Del análisis de los numerosos fallos dictados en la materia, pueden irse desprendiendo ciertos criterios o tendencias generales, como la de no considerar irreparables los daños alegados cuando se traducen en sumas de dinero, acordables en la definitiva a título de indemnización, como es el caso de los sueldos dejados de percibir en materia funcional.⁶

b' Limitaciones

No obstante ese gran desarrollo práctico, la suspensión de efectos, en tanto que medida cautelar, presenta importantes limitaciones. La primera y más evidente de ellas es la exigencia de que exista un acto cuyos efectos suspender; como consecuencia de esto, quedan al margen todas las acciones y recursos contencioso-administrativos que no tengan por objeto la anulación de un acto, como es el caso del recurso por abstención o el recurso por conflicto de autoridades.

Adicionalmente, aun dentro del recurso de anulación se dan otras importantes limitaciones, derivadas de los términos mismos como está redactada la disposición legal que la fundamenta. En primer lugar, como se desprende del texto antes transcrito, la medida sólo está prevista para cuando se impugna un acto de efectos particulares, quedando así excluidos de la previsión legal los actos de efectos generales.

En segundo lugar, en el mismo texto se precisa en forma inequívoca que el objeto de la medida de suspensión sólo puede ser el "acto administrativo (...) cuya nulidad haya sido solicitada". Tomando en cuenta tal previsión, la jurisprudencia ha precisado que la medida consagrada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no tiene "la naturaleza de una medida precautelativa autónoma y universal" y ha negado la suspensión de los efectos de actos que, aun cuando relacionados con el impugnado, no eran objeto de la solicitud de nulidad, como sucedió

5 A modo de ejemplo, ver sentencia de la CPCA, de fecha 31-5-95, en el caso Jesús Vicente Hidalgo Gómez, consultada en original.

6 Ver, a título de ejemplo, sentencia de la CPCA de fecha 24-11-80, citada en *Revista de Derecho Público*, # 5, p. 130.

cuando un juez que había sido destituido y había impugnado el acto de destitución solicitó posteriormente la suspensión de efectos de la convocatoria a concurso para proveer el cargo que él había detentado.⁷

Pero, una vez llegados al campo propio de operación de la suspensión de efectos (recurso de anulación contra un acto de efectos particulares), éste se restringe todavía más. Por un lado, la medida no puede ser acordada si el acto, aun siendo de efectos particulares, constituye un pronunciamiento denegatorio; la jurisprudencia ha razonado al respecto, en forma reiterada, que la medida de suspensión de los efectos de un acto tiene una eficacia restablecedora de la situación anterior al pronunciamiento, en razón de lo cual mal podría acordarse en los casos en los cuales tal pronunciamiento es de naturaleza negativa, por cuanto ello equivaldría, por parte del tribunal que la acordara, a crear anticipadamente un estado jurídico que sólo podría derivar de la sentencia definitiva, y no a puramente suspender en forma provisional los efectos del acto impugnado.

Según el expresado criterio, para poder suspender los efectos de un acto, éste debe ser de carácter positivo o ablatorio, pero no negativo. A modo de ejemplo, valga el del caso en que fue rechazada la solicitud de suspensión de los efectos del acto impugnado, consistente en la negativa de la Administración a efectuar ciertos pagos a los que, según el recurrente, aquella estaba legalmente obligada, estimando el tribunal que acordar la suspensión habría significado un pronunciamiento de fondo en forma anticipada, es decir, una condenatoria emitida con base en el temor a los daños alegados y sin la substanciación del caso ni el examen de la validez de las razones alegadas.⁸

Por otro lado, una limitación adicional surge de la aplicación de otro criterio jurisprudencial, según el cual el acto cuyos efectos se pretende sean suspendidos no debe haber producido aún tales efectos.⁹ Así, a pesar de que se trate de un acto que llene todos los requisitos anteriores (acto administrativo de efectos particulares, de carácter positivo o ablatorio), si

7 Sentencia de la CSJ-SPA del 24-10-90, en el caso Jesús A. Bracho *versus* Consejo de la Judicatura. Ver extracto en ORTIZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 133-135.

8 Sentencia de la CPCA del 7-3-85 (caso Aldemaro Romero *vs.* CONAC), transcrita en ORTIZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 77 a 79. En la misma obra pueden consultarse otros fallos en similar sentido.

9 Ver sentencias reproducidas en ORTIZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 123 y ss.



el mismo ya fue ejecutado, no cabría acordar la medida, pues ésta tendría en realidad efectos restitutorios y no puramente suspensivos. La consideración de ese carácter preventivo, y no reparador o restitutivo, de la figura que se analiza es lo que conduce normalmente a negarla no sólo en el obvio caso de sanciones ya cumplidas (órdenes de demolición o arrestos, por ejemplo), sino también en el de las remociones y destituciones de funcionarios, que de ordinario son ejecutadas por la Administración en forma inmediata.

B. El proceso de ampliación y expansión de la suspensión de efectos.

La importancia y utilidad de la figura de la suspensión de efectos del acto recurrido son innegables. Sin embargo, dadas sus limitaciones, habría que llegar a la conclusión de que, si sólo se contara con el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la situación del contencioso-administrativo venezolano sería obviamente insuficiente.

En realidad, se ha producido un proceso en el cual la previsión contenida en la referida disposición se ha ido completando con elementos adicionales y expandiendo hacia nuevas áreas. El proceso se ha dado tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial.

a. En leyes especiales

En algunos textos legales cuya materia propia es diferente a la contencioso-administrativa se han ido introduciendo algunas disposiciones contentivas de formas particulares de esta medida cautelar, aplicables en los procesos judiciales referidos a las materias reguladas en esas leyes especiales. Las particularidades que presentan constituyen previsiones -generalmente más generosas que las del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia- que permiten la procedencia de la suspensión de efectos en condiciones diferentes a las de la regla general establecida en el citado artículo. En algunos casos, tales particularidades están justificadas, desde luego, por las especiales características de la materia regulada y de los actos de que se trata; en otros, pareciera que el legislador se inspiró, pura y simplemente, en las más modernas tendencias contencioso-administrativas provenientes de otros países.

Dentro de la primera categoría, podríamos incluir el caso del muy peculiar recurso contra ordenanzas previsto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.¹⁰ Contemplado como un mecanismo de participación vecinal, se trata de un procedimiento complejo que comienza con un recurso de reconsideración que puede ser interpuesto ante el propio Concejo Municipal por el 10% de los vecinos del municipio, dentro de los tres meses posteriores a su publicación. Abstracción hecha de lo inusual de un recurso de reconsideración contra un acto de efectos generales y de rango legal, así como de un lapso de caducidad para su interposición, lo que interesa destacar a nuestros efectos es que la falta de respuesta oportuna por parte de la Cámara, dentro de los 60 días que tiene para ello, produce automáticamente la suspensión de los efectos de la ordenanza recurrida, por un plazo también de 60 días; durante el mismo, puede intentarse un recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, caso en el cual continuará la suspensión de efectos mientras dure la tramitación del recurso jurisdiccional.

De la regulación antes resumida derivan varias especialidades en esta modalidad de suspensión de efectos. Por un lado, opera respecto de un acto de efectos generales, a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo ordinario de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Además, se produce desde que el asunto está en la "via administrativa" (si es que cabe la expresión en el caso de un órgano legislativo que revisa un acto legislativo), antes de llegar a la sede judicial. Asimismo, resalta el hecho de que se produce *ope legis*, sin necesidad de solicitud de parte, y sin que deba existir ninguna relación directa entre la suspensión y posibles daños al recurrente.

En realidad, a pesar de tratarse de un mecanismo de suspensión de efectos de un acto que se recurre, cabría dudar de su naturaleza de medida cautelar propiamente dicha, puesto que su propósito principal no parece ser la protección temporal del recurrente, mientras el juez toma la decisión definitiva. Luce más bien como un medio de presión ideado por el legislador nacional con el fin de forzar al Concejo Municipal a prestar atención a esta iniciativa vecinal; tanto es así, que la Cámara podría eludir su

¹⁰ Regulado en los artículos 176 a 179 de la ley de 1989, hoy vigente, ya estaba previsto en el texto legal anterior, de 1978.



aplicación simplemente respondiendo el recurso de reconsideración, así sea en forma negativa.

Otro caso de suspensión de efectos *ope legis* se da en el recurso contencioso tributario, previsto contra actos dictados por la Administración Tributaria para determinar tributos o imponer sanciones. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 del Código Orgánico Tributario, la simple interposición del recurso suspende la ejecución del acto recurrido. La propia disposición deja a salvo la posibilidad de aplicar durante el juicio las medidas cautelares previstas en el mismo Código, que pueden ser solicitadas por la Administración Tributaria cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos o multas; esta previsión tiende a reequilibrar la situación, dado el efecto suspensivo de la interposición del recurso, que desmonta el tradicional principio del *solve et repete*.

Estamos aquí también en presencia de un recurso de nulidad especial y, por tanto, la aplicación de este mecanismo queda circunscrito al ámbito preciso del recurso especial. No obstante ello, este caso debe ser señalado como una manifestación de lo que parece ser una tendencia del pensamiento iusadministrativo de avanzada, de lo cual se hizo eco en estas mismas Jornadas el profesor DRAGO, al mencionar como una posible solución a la lentitud del contencioso-administrativo la de establecer, como principio general, el de que los recursos de anulación contra actos de efectos particulares tengan un efecto suspensivo, aunque acompañado de lógicas excepciones fundadas en la naturaleza propia de determinadas categorías de actos, así como de fuertes multas para los casos de recursos abusivos.¹¹

Sin embargo, no debe escapárenos el hecho de que una suspensión de efectos automática, derivada de la interposición del recurso, no constituye una medida cautelar, en el sentido de que no es una medida solicitada por la parte y acordada por el juez, con vista de las circunstancias del caso, con el fin de que no se haga ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva. En este caso, la suspensión se produce siempre que se interponga el recurso, en todos los casos, sin que la parte tenga que alegar ni probar riesgo de

11 Roland DRAGO, *op. cit.*, p. 20.

daño alguno y sin que el juez tenga que pronunciarse al respecto. En tales circunstancias, más bien tienen que estar previstas medidas cautelares que permitan asegurar preventivamente el cumplimiento del acto recurrido, para el caso de que el recurso sea declarado sin lugar, tal como ocurre en el Código Orgánico Tributario, como se acaba de apuntar.

En una situación tal vez intermedia, cabe citar el caso de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la corrientemente denominada Ley PROCOMPETENCIA, en la que se prevé que, al interponerse el recurso contencioso-administrativo contra una resolución de la Superintendencia, los efectos de dicha resolución se suspenderán si el recurrente presenta caución, en el entendido de que el monto de la caución deberá haber sido fijado por la misma Superintendencia al dictar su decisión. Independientemente de las dificultades de interpretación que la disposición ha generado, el mecanismo se presenta como una forma de cautela procesal "semi-automática", no decidida por el juez.

Finalmente, debe reseñarse otra importante forma de expansión de la suspensión de efectos por vía legislativa. Se trata de la previsión contenida en la Ley Orgánica del Sufragio, según la cual, de oficio o a petición de parte, el juez podrá acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido cuando su ejecución "pudiera causar perjuicio irreparable al interesado o al proceso electoral (...)".¹² El recurso de nulidad electoral, dentro del cual es aplicable la referida regla, está reservado para los actos emanados de los organismos electorales que estén directamente vinculados con un procedimiento comicial, tales como actas de escrutinio, de totalización o de adjudicación y actos de proclamación.

Aun teniendo, así, un campo bastante restringido de aplicación, este mecanismo de suspensión de efectos merece ser destacado, por contener dos elementos que le confieren una amplitud significativamente mayor que la del regulado en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Por un lado, a diferencia de este último, que sólo opera a solicitud de parte, puede ser aplicado de oficio por el tribunal, lo que parece inscribirse dentro de los amplios poderes propios del juez contencioso-administrativo.

12 La norma está prevista para los recursos administrativos en el artículo 205 de la Ley Orgánica del Sufragio de 1995, y es aplicable en sede judicial al recurso de nulidad electoral por remisión del artículo 224 *ejusdem*.



Por otro, como condición de procedencia no está previsto únicamente el daño irreparable a la parte, sino también el que se pudiera producir "al proceso electoral"; de esta manera, quiso el legislador otorgar al juez un mayor poder de apreciación para otorgar la medida, que lo lleva a considerar las consecuencias que la ejecución inmediata del acto pudiera tener, no sólo para las partes, sino para la colectividad, consideración que sin duda debería estar presente normalmente en todo proceso contencioso-administrativo. Esta consideración fue precisamente la que llevó a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, para citar un caso a modo de ejemplo, a suspender los efectos de un acto que ordenaba una repetición parcial de elecciones, pues, de ejecutarse dicho acto antes de la sentencia definitiva, "existe el innegable riesgo de una posible contradicción entre la decisión judicial y el resultado de las elecciones, que sin lugar a dudas causaría un impacto negativo en la institución parlamentaria y en la colectividad".¹³

b. En la jurisprudencia

El proceso de expansión de la figura de la suspensión de efectos no se ha limitado a las mencionadas leyes especiales, que la consagran con características más amplias aunque, desde luego, sólo para los casos especiales referidos a la materia que ellas regulan; también en la jurisprudencia se puede advertir una tendencia a buscar criterios que permitan acordar la suspensión en condiciones en que tal vez no procedería, dentro de una interpretación estricta de los términos utilizados en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En algunos casos, esta búsqueda luce justificada. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la noción de "daño institucional", creada por la jurisprudencia para situaciones en que no se alegan daños materiales para el recurrente, sino alteraciones en el funcionamiento de la institución de que se trate, derivadas de la ejecución inmediata del acto impugnado. Donde se ha aplicado más esta noción es en el área de los recursos contra actos administrativos que ordenan la reincorporación de un trabajador a su puesto de trabajo. El posible daño institucional puede estar referido al

¹³ Sentencia dictada por la CPCA el 7-7-95, en el caso de las elecciones parciales en el Municipio Vargas del Distrito Federal, consultada en original.

funcionamiento interno de la organización de que se trate o a la prestación del servicio que le es propio, de cara a los usuarios.¹⁴

La referida ampliación, si bien no contenida en el texto expreso de la disposición que sirve de fundamento a esta medida cautelar, en ocasiones ha sido justificada por el juez en la frase "teniendo en cuenta las circunstancias del caso" utilizada en ella. En cualquier caso, no luce contraria al propósito de una medida cautelar como ésta dentro del contencioso-administrativo, donde siempre debería estar presente la consideración del impacto de la ejecución del acto en la colectividad, y no sólo la dimensión individualista del posible daño a las partes.

En cambio, algunos otros criterios extensivos que en esta materia ha sostenido la jurisprudencia si parecen menos acordes con el texto que consagra esta medida cautelar o con su naturaleza. En este sentido, cabe citar el caso de los actos de efectos generales, excluidos, como vimos, de la previsión contenida en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. A pesar de ello, en ocasiones ha sido acordada la suspensión de efectos de un acto de efectos generales por la Corte Suprema de Justicia, fundamentando en algún caso tal decisión en la aplicación analógica del referido artículo, lo que sería en realidad bastante discutible, dado que respecto de los actos de efectos generales no hay vacío alguno en la ley, puesto que la exclusión que ésta hizo de aquéllos es bien clara.

Por esta razón, el Supremo Tribunal ha tendido generalmente a basarse más bien en una interpretación forzada del concepto de acto de efectos generales; en tal sentido, ha suspendido los efectos, por ejemplo, de una resolución ministerial contentiva de reglas y sanciones aplicables a los agentes aduaneros, con base en el argumento de que "la apariencia normativa" de tales disposiciones no desvirtúa el hecho de que sus destinatarios son determinables e identificables, por lo cual debe entenderse que el acto es "general de efectos particulares".¹⁵ De manera similar razonó en un caso en que el acto impugnado estaba dirigido a las empresas concesionarias de televisión que operen en el sitio denominado Los

14 . Ver algunos ejemplos en ORTIZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 250- 265. Ver también Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA): *15 años de jurisprudencia, citada*, pp. 147 y ss.

15 Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político- Administrativa (en lo sucesivo, CSJ- SPA) del 11-3- 93, en el caso *Agentes Aduanales vs. Ministerio de Hacienda*, parcialmente transcrita en ORTIZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 119- 120.



Mecedores "ahora o en el futuro", lo que en realidad arroja dudas acerca de lo determinado de sus destinatarios y, en definitiva, del carácter particular del acto; así como en otro caso en el que se impugnaba la orden de publicación oficial de un texto legislativo estatal, alegando el recurrente que se trataba de un "acto general de efectos particulares".¹⁶

En los casos reseñados, lo criticable no es quizá la apreciación acerca de la procedencia de la suspensión de efectos del acto impugnado, probablemente justificada dadas las circunstancias reales, sino el que se haya tenido que forzar el concepto de acto de efectos generales, adoptando una figura híbrida ausente del texto de la ley. Esto es muestra de que probablemente el legislador no estuvo acertado al no prever de alguna manera la posibilidad de suspender los efectos de actos de efectos generales. Afortunadamente, tal carencia ha sido suplida en la práctica jurisprudencial, del modo que se verá cuando nos refiramos a las medidas cautelares innominadas, y sin necesidad de dejar a un lado la ley.

Cabe citar también la actitud que a veces se encuentra en la práctica judicial, tendiente a otorgar la suspensión de efectos cuando el impugnado es un acto de carácter negativo. Ya antes se señaló que la jurisprudencia ha dejado en claro, en forma reiterada, que la suspensión de efectos sólo puede proceder respecto de actos positivos o ablatorios, pero no negativos. Sin embargo, en algunos casos, probablemente al constatar la existencia de situaciones de hecho inconvenientes o delicadas, el juez ha procedido a otorgar la suspensión de efectos de un acto negativo, en contra de lo que parece ser la naturaleza propia de una medida suspensiva. Así ha sucedido, por ejemplo, cuando se acordó la medida en un recurso contra un acto mediante el cual el Registrador de la Propiedad Industrial había negado la nulidad absoluta del registro de una marca.¹⁷

2. Otras medidas cautelares en el contencioso-administrativo venezolano

Hemos visto cómo la suspensión de efectos, con todo y llenar un papel importantísimo dentro de nuestro contencioso-administrativo, no es

16 Sentencias del 22-2-90 (caso Venevisión) y del 27-2-91 (caso Andrés Velásquez), respectivamente; *ibidem*, pp. 111 y 115.

17 Sentencia de la CSJ-SPA, del 22-6-94, en el caso *Hola, S.A.*, (transcrita en parte en ORTIZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 103-106), con voto salvado de la Magistrada Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, en el que expresa su apego al criterio jurisprudencial dominante.

susceptible de cubrir todas las diversas necesidades que pueden surgir en los procesos, por lo que a medidas cautelares se refiere. Afortunadamente, esas carencias han ido siendo llenadas por diversas vías.

A. Algunas medidas cautelares nominadas

La primera de las vías que en tal sentido debe ser mencionada es aquella consistente en que ciertas leyes especiales administrativas contemplan algún tipo específico de medida cautelar, que puede ser adoptada dentro de los procesos contencioso-administrativos referentes a la materia regulada en dichas leyes. Esta fórmula no ha sido muy utilizada; son pocas las medidas cautelares creadas de esta manera.

Aquí podemos mencionar la tradicional figura de la ocupación previa, regulada desde hace décadas en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, como una fórmula mediante la cual, previo el cumplimiento de una serie de requisitos formales pautados en resguardo de los derechos del expropiado, el juez autoriza la ocupación del bien antes de que se dicte sentencia definitiva (artículos 51 y siguientes de la ley). En tanto que medida cautelar, más que de carácter preventivo habría que considerarla como de naturaleza anticipatoria, y está prevista en beneficio del ente expropiante.

También en beneficio de la Administración, y no del administrado, figuran en este rubro las medidas cautelares contempladas en el Código Orgánico Tributario: embargo preventivo de bienes muebles, secuestro o retención de bienes del mismo tipo y prohibiciones de enajenar o gravar bienes inmuebles (artículos 211 a 214). Como ya antes se apuntó, pueden ser solicitadas por la Administración Tributaria cuando exista riesgo para la percepción de créditos tributarios, en vista del efecto suspensivo de los actos impugnados que tiene ahora la interposición del recurso, a diferencia de lo que ocurría antes de la vigencia del referido Código, cuando regia el principio del *solve et repete*.

De fecha más reciente, cabe citar aquí la disposición contenida en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Sufragio, presente en este texto legal desde su reforma de 1993, que establece lo siguiente:

"Pendiente de substanciación y decisión del Recurso, ningún organismo electoral o público puede dictar providencia que directa o indirectamente pueda producir innovación en lo que sea materia principal del mismo (...)"



La transcrita disposición se aparenta a la medida cautelar de prohibición de innovar conocida en otros sistemas contencioso-administrativos. Entre nosotros, aunque persigue evidentemente una protección provisional del recurrente mientras dure el juicio, no cabría incluirla dentro de las medidas cautelares propiamente dichas, puesto que no la dicta el juez en determinados casos en que se justifique, sino que opera automáticamente, con la simple interposición del recurso.

B. Las medidas cautelares innominadas

Como hemos podido ver, las medidas cautelares que el ordenamiento positivo contencioso-administrativo ofrece, adicionalmente a la suspensión de efectos, no son ni numerosas ni variadas, sobre todo si se observa desde la perspectiva del administrado. Pero el panorama cambia totalmente con la adopción, por parte del juez contencioso-administrativo, de las amplísimas posibilidades ofrecidas por el poder cautelar genérico atribuido al juez ordinario en el Código de Procedimiento Civil.

Veamos la previsión legal al respecto, antes de referirnos a la amplia utilización que de ella se ha hecho en la práctica, completando significativamente el sistema cautelar en esta jurisdicción especial.

a. La previsión legal y su aplicabilidad en el proceso contencioso-administrativo

Como es sabido, entre las innovaciones que introdujo el Código de Procedimiento Civil, una de las fundamentales es la de haber regulado con una gran amplitud el poder cautelar de los jueces, añadiendo a las medidas cautelares tradicionalmente conocidas la posibilidad de emplear medidas no previamente definidas y tipificadas, dependiendo de las circunstancias del caso.

Así, de conformidad con el párrafo único del artículo 588 del mencionado Código, el juez puede acordar, además de las medidas previamente definidas,

"las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (...) el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de

determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión."

Con esta nueva regulación, el juez ordinario cuenta con un amplísimo poder cautelar, pues puede tomar prácticamente cualquier determinación en orden a proteger provisionalmente a la parte durante el juicio, siempre y cuando estén dadas las condiciones de procedencia (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*). Pero, ¿y el juez contencioso-administrativo? La respuesta aquí debe ser que éste cuenta exactamente con la misma posibilidad desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil en 1986, dado que el texto básico del proceso contencioso-administrativo dispone, como principio general, la aplicabilidad supletoria de dicho Código (artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

No obstante ello, sólo fue a partir de los años 90 cuando esta figura comenzó a ser aplicada en forma efectiva en el campo contencioso-administrativo, probablemente porque los mismos recurrentes no tenían clara conciencia de que la tenían a su disposición. En los primeros momentos, incluso, no fue el recurrente quien solicitó su aplicación. Fueron los propios jueces contencioso-administrativos quienes abrieron el campo en este sentido; en general, se trataba de una solicitud de suspensión de efectos que era juzgada improcedente de acuerdo con los términos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia invocado por el solicitante (por tratarse, por ejemplo, de un acto de efectos generales,) y era el mismo tribunal el que, luego de rechazar la aplicación de dicha norma, determinaba que podía ser aplicado en ese caso el referido artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, dado el carácter supletorio de éste.¹⁸

a'. Su utilización práctica en materia contencioso-administrativa

La incorporación de esta potestad cautelar genérica constituye un hito bien significativo dentro de la evolución de nuestro sistema contencioso-administrativo. Ella significa la ampliación al máximo del abanico de posibles medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, pues abre un campo prácticamente ilimitado en esta materia.

18 Ver sentencias de la CSJ-SPA de fechas 17-12-91 (caso Myrna Salas vs Consejo de la Judicatura) y 12-5-92 (caso Jesús Soto Lizardo vs Consejo de la Judicatura), parcialmente transcritas en ORTIZ ALVAREZ, *op cit.*, pp. 332-334.



Por un lado, puede servir en una gran variedad de casos en que la suspensión de efectos no sería la medida apropiada para la protección cautelar que se requiere. Pero asimismo cabe utilizarla en muchas situaciones en que la suspensión de efectos sí sería lógicamente adecuada, pero no podría proceder con base en la regulación contenida en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Y, efectivamente, en la práctica judicial encontramos que se ha dado esa amplia utilización de esta figura.

Ejemplo claro del último de los supuestos enunciados lo constituye el caso de la suspensión de efectos de actos de efectos generales. Precisamente, en una de los primeros casos en que la Corte Suprema de Justicia aplicó por vía supletoria el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil -luego de dejar sentada la improcedencia de la aplicación al caso del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia-, lo hizo para suspender los efectos de la convocatoria a un concurso de oposición, calificado por la Corte como un "acto de carácter general de efectos generales",¹⁹ aun cuando es evidente que no tiene carácter normativo.

Actos generales de carácter normativo han sido igualmente suspendidos cautelarmente en sus efectos, por aplicación del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como ocurrió con la resolución dictada por la Superintendencia de Bancos, en la que se regulaba la obligación para una serie de categorías de empleados bancarios de presentar declaración jurada de patrimonio.²⁰

También ha sido utilizada esta potestad cautelar genérica como fundamento para suspender los efectos de un acto de efectos particulares en situaciones que no se inscriben dentro del supuesto descrito en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Un ejemplo de esta clase se da en la solicitud de suspensión de efectos de un acto diferente al impugnado. Conforme antes se señaló, ello no sería posible según el artículo 136 de la citada ley, pues éste sólo prevé la posible suspensión del acto impugnado. Pues bien, en un caso muy parecido a aquél que antes citamos como ejemplo de la postura negativa de la Sala Político-Administrativa a acordar la suspensión de efectos de un acto diferente al impugnado, aunque

19 Sentencia de fecha 12-5-92, citada en la nota precedente.

20 Sentencia de la CPCA del 28-7-94, en el caso Federico Amezcaga y otros.

relacionado con él (como se recordará, fue negada la suspensión de la convocatoria a concurso solicitada por el juez previamente destituido del cargo a proveer mediante dicho concurso, quien impugnaba la destitución), el mismo Supremo Tribunal analizó posteriormente la posibilidad de suspender, por la vía del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, un concurso convocado para proveer el cargo del que la solicitante había sido destituida, dentro del juicio correspondiente al recurso intentado por esta última *contra la destitución*,²¹ la suspensión no fue acordada en definitiva, por estimar la Corte que no había aportado la solicitante suficientes elementos probatorios, pero el razonamiento hecho no deja dudas acerca de la posibilidad de otorgar una medida de suspensión de efectos en un caso como éste, con base en el mencionado artículo 588.

Aquí es importante advertir que los ejemplos anteriores no deben conducir a la conclusión errónea de que la jurisprudencia permite indiscriminadamente utilizar la previsión de este último artículo para suspender los efectos de actos, obviando lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, se ha determinado con bastante precisión que, cuando la situación de autos se inscribe dentro del supuesto previsto en este último (el recurrente solicita la suspensión del mismo acto impugnado, y éste es de efectos particulares), no puede ser invocada la potestad cautelar genérica del juez, consagrada en el Código de Procedimiento Civil, como si se estuviera solicitando una medida innominada, ya que para tal supuesto existe una medida cautelar nominada y precisa, como lo es la suspensión de efectos prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a la luz de la cual debe ser examinada en ese caso la solicitud formulada.

En otras palabras, cada vez que la situación de hecho encaje en el supuesto contemplado en esta última, la medida ha de ser solicitada conforme a ella, y el juez debe decidir sobre su procedencia con base en sus previsiones. La suspensión de efectos fundada en la potestad cautelar genérica de los jueces queda para los restantes casos que escapan de los presupuestos de aplicación del tantas veces mencionado artículo 136 del texto que rige al Supremo Tribunal.

21 Sentencia de la CSJ-SPA del 17-12-91, en el caso *Myrna Salas vs Consejo de la Judicatura*; ver un extracto de ella en *Revista de Derecho Público*, # 48, octubre-diciembre 1991, pp. 156-157.



Pero, además de esa importante utilidad, que completa el ámbito de aplicación de la suspensión de efectos como medida precautelativa, la potestad cautelar genérica del Código de Procedimiento Civil también ha permitido a los jueces contencioso-administrativos dictar providencias cautelares diferentes a la suspensión de efectos, en situaciones en que ésta no es la protección adecuada o es insuficiente. Ello ha ocurrido en casos en que lo recurrido es un acto de efectos negativos, en los que, como se precisó antes, no cabe la suspensión de efectos.

Valga aquí de ejemplo el caso sucedido en el recurso interpuesto contra un acto que negaba el otorgamiento de una pensión de retiro a un miembro de las Fuerzas Armadas; la Sala Político-Administrativa comenzó por negar la suspensión de efectos solicitada por el recurrente, argumentando que -dado el carácter negativo del acto impugnado- la medida no sería, en ese caso, suspensiva sino constitutiva, modificatoria de la situación jurídica anterior del recurrente, para luego determinar que si estaban dadas las condiciones exigidas por el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil para acordar una medida cautelar innominada, que consistió en la orden emitida al Ministro de la Defensa de que fuera pagada la pensión al recurrente, durante el juicio, con la advertencia de que, de declararse sin lugar el recurso, surgiría para la Administración el derecho a reembolso.²²

Con el superficial examen que llevamos hecho hasta aquí, pienso que estamos en capacidad de concluir que el contencioso-administrativo venezolano -con todo y tener un régimen provisional, no demasiado desarrollado desde el punto de vista normativo- cuenta con un arsenal amplio y suficiente de medidas cautelares, a partir de unas cuantas normas y del desarrollo que les ha dado la jurisprudencia, muchas veces a impulsos de los planteamientos hechos por los recurrentes. Toca a éstos comprender bien en todo su alcance el sistema, contenido en buena medida en las decisiones jurisprudenciales, y saber utilizar los importantes medios que tienen a su disposición.

22 Sentencia de la CSJ-SFA del 12-11-92, en el caso Rafael Gutiérrez vs República (Ministerio de la Defensa). En ORTIZ ALVAREZ (*op. cit.*, pp. 335-336) se la cita como un ejemplo de una medida cautelar que podría ser equivalente al *référé provision* del contencioso-administrativo francés, al que hizo referencia en estas Jornadas el profesor DRAGO, *op. cit.*, p. 23.

II. EL AMPARO CONSTITUCIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR

Dentro de este marco general, que ya estaba configurado en el derecho positivo con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976) y el nuevo Código de Procedimiento Civil (1986), viene a insertarse el amparo, regulado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que fue aprobada en 1988. Sin embargo, el amparo es un mecanismo judicial destinado a proteger en forma breve y sumaria los derechos y garantías constitucionales. Ninguna relación guarda, entonces, con el contencioso-administrativo, desde el punto de vista conceptual. Entonces, ¿qué hacemos hablando de él en unas jornadas dedicadas al contencioso-administrativo?

Ocurre que, como es sabido, el legislador nacional, al regular y desarrollar la figura del amparo constitucional, decidió incorporar en el texto de la ley un "amparo cautelar", anexo a diversos recursos y acciones ordinarias. En esa condición, el amparo no funciona como un mecanismo destinado a restablecer al solicitante en el goce y ejercicio del derecho o garantía constitucional que le ha sido lesionado, tal como lo prevé el artículo 49 de la Constitución, sino como una providencia cautelar, que permite proteger provisionalmente al demandante en sus derechos constitucionales, mientras dure el juicio correspondiente a la acción o recurso por él incoado; la protección consiste siempre, según el texto de la ley, en la suspensión de efectos del acto cuestionado.

Esta fórmula cautelar del amparo constitucional está denominada en la ley como una "acción de amparo". Inicialmente, la jurisprudencia la interpretó como una acción accesorio y subordinada a la acción principal, de características muy diferentes a las de la acción autónoma de amparo,²³ incluso en la doctrina se llegó a hablar de acumulación de acciones.²⁴ Pero luego, al profundizarse el análisis al respecto, la misma jurisprudencia se ha encargado de aclarar que no se trata con propiedad de una acción,

23 Ver al respecto sentencia de la CSJ-SPA dictada el 10-7-93, en el caso Tarjetas BANVENEZ (consultada en original).

24 En tal sentido, Hildegard Rondón de Sansó: *Amparo constitucional*, Caracas, 1988, p. 198.



sino de una solicitud precautelar, inserta dentro de la verdadera y propia acción.²⁵

Los supuestos en que puede ser solicitado un amparo cautelar, conjuntamente con o dentro de una acción o recurso ordinarios, son tres: conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3, aparte único, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales); conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas (artículo 5, primer aparte, *ejusdem*); y dentro de las acciones ordinarias que se encuentren en curso, bajo la forma de lo que se ha dado en llamar "amparo sobrevenido" (artículo 6, numeral 5, *ejusdem*).²⁶

Dado el objeto del presente análisis, sólo nos referiremos al amparo cautelar solicitable conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo. En una primera aproximación, el mismo nos ha podido resultar inútil, dada la existencia de un conjunto bastante amplio y variado de medidas cautelares en nuestro sistema contencioso-administrativo, e incluso peligroso. Pero algunas nuevas circunstancias podrían conducir a revalorizar esta figura.

1. El amparo cautelar, ¿una "oferta engañosa"?

En una oportunidad anterior en que el autor de estos comentarios tuvo ocasión de examinar esta fórmula del "amparo conjunto", el balance fue francamente negativo, llegándose a la conclusión de que carecía de utilidad en tanto que medida cautelar y, por el contrario, podía ocasionar efectos nocivos, por lo que era aconsejable eliminarla.²⁷ Veamos las razones de ese juicio negativo emitido en 1993, luego de recordar cómo está regulada en la ley.

25 Una posición diferente adopta Hildegard RONDON DE SANZO, quien sostiene que en este caso se está en presencia de dos verdaderas acciones, entre las cuales ni siquiera existe la relación de accesoriedad que predominantemente se atribuye al amparo conjunto (*La acción de amparo contra los Poderes Públicos*, Caracas, 1994, pp. 251 y ss.)

26 Sobre esta figura, ver Hildegard RONDON DE SANZO: *La acción de amparo...*, citada, pp. 265 y ss. En el campo jurisprudencial, ver sentencias de la CSJ- SPA del 18-11-93 (caso Gustavo Ruiz vs Consejo de la Judicatura) y de la CPCA de fechas 18-5-95 (caso José Ignacio González Briceno vs ULA) y 16-11-95 (caso César Millán Marcano vs Consejo Supremo Electoral), consultadas en original.

27 Ver Gustavo URDANETA TROCONIS: "Comentarios a la ponencia sobre 'Medios de impugnación'", en *XVII, Jornadas "J. M. Domínguez Escovar" - Avances jurisprudenciales...*, ya citada, Tomo III, pp. 159-164.

A. La previsión legal y su impacto real

El amparo solicitable, a título de medida cautelar, conjuntamente con los recursos contencioso-administrativos está definido en el artículo 5, primer aparte, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los términos siguientes:

"Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio."

En el párrafo único del mismo artículo, se añade lo siguiente:

"Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley, y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa."

Inicialmente, esta previsión legal causó perplejidad. Las reacciones en los medios procesales fueron diversas y encontradas. Algunos la estimaban razonable y justificada, en la medida en que la lesión de derechos constitucionales requiere celeridad en la protección que se le acuerde: desde esta perspectiva, la fórmula ideada por el legislador permite acordar una protección cautelar y, luego, que el juicio relativo al fondo del asunto continúe con su tramitación normal. Otros la consideraban innecesaria, dada la existencia en el proceso contencioso-administrativo de la medida cautelar de suspensión de efectos del acto impugnado, protección similar a la que esta novedosa fórmula del amparo cautelar ofrece, de acuerdo con el texto de la disposición transcrita.²⁸ Incluso llegó a haber quien temiera un trastrocamiento del sistema procesal.

28 Gustavo LINARES BENZO, por ej., opinaba que el mencionado artículo 5 era parcialmente inaplicable, dado el carácter extraordinario del amparo y la preexistencia del medio breve, sumario y eficaz que es la suspensión de efectos ("El amparo y los demás medios procesales", en *Revista de Derecho Público*, # 34, abril-junio 1988, p. 21.



Mientras tanto, en la práctica forense esta fórmula del "amparo conjunto", como a veces se le denomina, parecía tener bastante éxito, a juzgar por la frecuencia con que era utilizada por los recurrentes, al menos en su modalidad conjunta con el recurso contencioso-administrativo de anulación.

B. Ventajas aparentes...

Este notorio "éxito de público" -aunque no "de crítica", para utilizar gráficas expresiones del periodismo de espectáculos- conducía a plantearse la siguiente interrogante: ¿qué ofrece de atractivo esta fórmula conjunta de recurso y amparo? o, de otra forma, ¿qué ventaja añade al recurso contencioso-administrativo el amparo?

Al tratar de responder, parece surgir, como primera evidencia, la de que la razón del éxito no está en la protección cautelar propia del mecanismo. Esto puede ser afirmado sin mayor temor a equivocarse, por dos motivos: por un lado, porque la suspensión de efectos como medida cautelar ya existe para el recurso contencioso-administrativo de anulación y no hay ninguna razón aparente para que los recurrentes deban preferir solicitar la misma medida a título de amparo. Por otro lado, porque en el caso del recurso por abstención esta fórmula no parece tener ningún sentido, puesto que, no habiendo acto que atacar, tampoco hay nada que suspender; por lo demás, la jurisprudencia en materia del recurso por abstención ha ido elaborando una doctrina sobre las condiciones de procedencia de este recurso, entendiendo que son completamente diversas a las del amparo ante conductas omisivas,²⁹ de la que se desprende el criterio de que son incompatibles las pretensiones propias del amparo constitucional y las del recurso en carencia y que, con mayor razón, debería conducir a la imposibilidad de deducir conjuntamente ambas pretensiones, así una de ellas lo sea en forma cautelar.

En la oportunidad anterior a que ya se hizo referencia, quien esto escribe llegaba a la conclusión de que lo que resulta atractivo en esta fórmula no

29 Ver sentencia de la CSJ-SFA de fecha 28-2-85 (caso Vizcaya Paz), cuyo texto completo figura en *XVIII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar" - Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*, Tomo III, Barquisimeto, 1993, pp. 223-237; y, especialmente, la de fecha 11-2-93 (caso Varios vs República-Ministerio de Relaciones Interiores), cuyo extracto aparece en *Revista de Derecho Público*, # 53-54, enero-junio 1993, pp. 271-274.

es el contenido, sino el continente; que los recurrentes buscan al utilizarla -más que la protección cautelar que constituye su esencia, pero que bien pueden lograr por la vía ordinaria de la suspensión de efectos- los accesorios con que fue adornada por el legislador. De acuerdo con ese análisis, esos "beneficios adicionales" que hacen tan solicitado a este mecanismo son, esencialmente, los siguientes:

1. Su utilización permite obviar dos de las más temibles causales de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos de anulación contra actos de efectos particulares: la caducidad y el no agotamiento de la vía administrativa. Así lo dispone el parágrafo único del artículo 5, antes transcrito.

Las ventajas son obvias. No teniendo que preocuparse por cumplir tales requisitos, el interesado tiene mayor holgura en el tiempo para plantear su recurso, ya sea para intentarlo de inmediato, ya para hacerlo mucho tiempo después de dictado el acto. No habiendo nuestro sistema contencioso-administrativo evolucionado hacia lo que son tendencias más modernas a nivel mundial sobre esta materia, al menos se tiene al alcance este mecanismo que produce un efecto similar, así éste no sea su objetivo propio.

2. El amparo, comprendido el cautelar, se caracteriza por su brevedad, por mandato constitucional. Siendo la falta de celeridad una de las fallas tradicionales del contencioso-administrativo, cualquier vía que ofrezca acortar la espera luce tentadora para el recurrente.

Como muestra anecdótica de este fenómeno, vale mencionar que en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo los expedientes correspondientes a juicios de amparo tienen una carátula de color verde, diferente a la de los demás expedientes, para hacer más visible que se trata de asuntos prioritarios; pues bien, más de un abogado afirma querer ver su caso en un expediente de carátula verde, lo que luce como una garantía de mayor celeridad.

3. Por otro lado, la fórmula para alcanzar esos tentadores beneficios no es demasiado difícil de lograr: basta que al recurso de anulación que se pretende intentar se le añada la denuncia de violación de algún derecho constitucional, a fin de poder fundamentar el amparo que con carácter



cautelar habrá de solicitarse conjuntamente con el recurso. Ello no ofrece mayores dificultades, dada la enorme amplitud de los derechos constitucionales, tal como están concebidos entre nosotros, donde ni siquiera es necesario que se trate de un derecho expresamente consagrado en el texto constitucional, bastando que se trate de un derecho "inherente a la persona humana", en los términos del artículo 50 de la Constitución. La tarea se ve facilitada, además, por el hecho de que el ordenamiento jurídico es un sistema integrado, cuyas normas se encuentran concatenadas lógicamente unas con otras, independientemente del rango que la disposición que las contiene tenga dentro de la jerarquía normativa; así que cualquier violación legal o reglamentaria que constituya el fundamento del recurso de anulación podrá sin mayor dificultad ser vinculada, más o menos directamente, con algún derecho constitucional.

C. Riesgos reales

Sin embargo, las tentadoras ventajas del amparo cautelar pueden revelarse rápidamente como falsas o, al menos, como no todo lo efectivas que a primera vista parecen ser. Veamos la otra cara de la moneda:

1. Quizá como una reacción ante la avalancha de recursos de nulidad ejercidos conjuntamente con solicitudes de amparo cautelar, la jurisprudencia ha adoptado criterios muy restrictivos para la procedencia del amparo solicitado de esa manera, aún más restrictivos que los utilizados para analizar las acciones autónomas de amparo. Por principio, sólo se declara con lugar la solicitud si la violación de derechos constitucionales denunciada es directa, de tal manera que la presunción grave de violación pueda derivarse del solo análisis del texto constitucional, sin necesidad de acudir a la interpretación de normas de rango infraconstitucional.³⁰

Esa actitud restrictiva conduce a que, en la práctica, una bien baja proporción de solicitudes cautelares de amparo sean declaradas improcedentes; aun sin datos precisos, no parece aventurado afirmar que la proporción es mucho menor que la de las medidas cautelares otorgadas por las vías ordinarias, especialmente con base en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que no exige

30 Entre las numerosas sentencias en las que se sostiene tal criterio, ver, a modo de ejemplo, las dictadas por la CPCA en fechas 27-7-95 (caso Municipios *versus* Gobernador del Estado Apure) y 7-12-95 (caso Félix Palacios Santacruz), revisadas en original.

ningún pronunciamiento susceptible de invadir el fondo del asunto, sino sólo acerca del eventual daño y su irreparabilidad por la definitiva.

En este punto parece operar entre nosotros, para el amparo cautelar, el mismo temor a avanzar opinión que los jueces contencioso-administrativos en Colombia tienen para acordar la medida cautelar de suspensión, debido a la necesidad de determinar la "manifiesta violación de norma superior", a lo que hizo referencia el profesor Juan Carlos ESGUERRA en su ponencia.

2. Al "caerse" el amparo cautelar, se derrumba todo lo demás. Una vez declarada improcedente la solicitud de amparo, es preciso que vuelva el tribunal a efectuar un pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso, revisando ahora las causales relativas a la caducidad y al agotamiento de la vía administrativa, obviadas inicialmente en razón del amparo solicitado.

Así lo ha determinado la jurisprudencia, y ésta es la práctica usual en los tribunales contencioso-administrativos.³¹ De modo que, si la pretensión de amparo había sido montada artificiosamente con el propósito de eludir la referida revisión, el recurso va a ser irremisiblemente declarado inadmisibile.

3. En cuanto a la anhelada celeridad procesal, si bien es posible lograrla en cierta medida, igualmente ocurre que lo atractivo de la fórmula hace que aumente el número de casos, lo que conduce tarde o temprano a un congestionamiento en los expedientes de amparo. Esto no sólo repercute negativamente en la rapidez con que son resueltas las solicitudes de amparo, sino que también produce un retardo adicional en las causas ordinarias, ya de por sí retrasadas, puesto que el juez está legalmente obligado a dar prioridad a los amparos.

4. Adicionalmente, si bien no es difícil elaborar artificiosamente una argumentación que pretenda hacer ver la lesión a derechos constitucionales, ello no está exento de riesgos. Por una parte, añadir al

31 Ya es de rigor, en los fallos de segunda instancia en que se declara sin lugar el amparo cautelar, ordenar al tribunal de primera instancia un nuevo pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso, previa revisión de las causales referentes al agotamiento de la vía administrativa y a la caducidad. Ver, a modo de ejemplo, sentencias de la CPCA de fechas 21-12-94 (caso Laura Josefina Araujo Medina vs. IPSFA) y 22-3-95 (caso Asociación de Vecinos de Valle Arriba vs. DIM de Baruta), revisadas en original.



recurso un alegato de inconstitucionalidad podría, al menos teóricamente, modificar la competencia del tribunal, dado el monopolio del control de constitucionalidad atribuido a la Corte Suprema de Justicia, con el consiguiente retardo adicional. Por ello, la jurisprudencia se ha visto obligada a elaborar un criterio que neutralice este riesgo, determinando que la denuncia de violación de derechos constitucionales no hace variar la competencia del tribunal contencioso-administrativo en cuanto al recurso.³²

En cambio, un peligro más grave está representado por la disposición de la ley que rige el amparo, según la cual la solicitud de amparo interpuesta en forma manifiestamente temeraria puede acarrear la sanción de arresto hasta por diez días. A pesar de la reticencia a sancionar, frecuente entre nosotros, esto no deja de constituir un riesgo que debe ser tomado en cuenta.

Llegados a este punto, la conclusión de la evaluación hecha a esta figura tendría que ser la misma a la que arribábamos hace tres años:

"(...) la utilización cada vez más frecuente del 'amparo conjunto con nulidad' no obedece a una real necesidad de intentar una acción de amparo, sino a una deficiente regulación del contencioso-administrativo, cuyas fallas y demoras pretenden ser superadas con las ventajas que otorga, real o aparentemente, el procedimiento de amparo. Con esto no hemos logrado forzosamente mejorar el contencioso-administrativo, por cuanto ese 'hibrido procesal' está lleno de riesgos y de incertidumbres. Pero lo que sí podemos lograr, que es todavía más grave, es desvirtuar el amparo, desviándolo de lo que debería ser su objetivo esencial."³³

2. Ampliación del alcance del amparo cautelar

Sin embargo, algunas nuevas circunstancias deberían conducirnos, si no a cambiar totalmente de opinión, al menos si a considerar que es necesario reexaminar el asunto. Esas nuevas circunstancias son, por una parte, la persistencia en el uso frecuente del amparo cautelar por parte de los recurrentes; y, por otra, el nuevo alcance que jurisprudencialmente se le está dando a la figura.

32 Ver sentencia de la CSJ-SPA del 4-7-89. Sin embargo, si el recurso se basa exclusivamente en razones de inconstitucionalidad, la competencia sí corresponde al Supremo Tribunal, como lo determinó recientemente la CPCA, en sentencia del 6-2-96 (caso José Antonio Clavijo vs. UCV).

33 Gustavo URDANETA TROCONIS: "Comentarios a la ponencia ...", *op. cit.*, p. 164.

A. Los datos de la realidad

Con todas las dudas que tenía para con el amparo cautelar, por las razones antes expuestas, me resultó sumamente útil la lectura de un interesante trabajo de sociología jurídica sobre el amparo, elaborado recientemente por la profesora Carmen Luisa REYNA DE ROCHE,³⁴ cuyo propósito fue el estudio de la práctica de este juicio y del sentido de su utilización por los distintos sectores de la vida social, así como de la significación que el mismo ha tenido para el funcionamiento del sistema jurídico venezolano. En este trabajo se encuentran recogidos datos acerca del uso y funcionamiento efectivo del amparo en nuestra realidad forense, que confirman de alguna manera las prevenciones que puedan tenerse frente a él, respecto del uso distorsionado que del mismo se hace, pero que también pueden ilustrar mejor acerca de las razones profundas de ello y, por supuesto, hacer reflexionar sobre la actitud más adecuada frente al problema.

a. Muchos amparos solicitados y pocos acordados

Así, por una parte, al tratar la autora de corroborar con cifras la creencia extendida acerca del uso abusivo del amparo -la denominada "amparitis"- en Venezuela, pudo determinar que, efectivamente, una buena parte de los juicios que ingresan en los tribunales estudiados son juicios de amparo; encontró, por ejemplo, que en 1994 los amparos representaron el 37,7% de las causas ingresadas en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, o sea, más de un tercio del total, y que en 1995 la proporción en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia alcanzó casi a una quinta parte, lo que demuestra la importancia del número de amparos ejercidos.³⁵

En el entendido de que un número elevado de amparos no podría ser juzgado suficiente, por sí sólo, para demostrar la existencia de un uso abusivo o indebido de este medio procesal, procedió la autora del trabajo en referencia a determinar la proporción de las causas declaradas inadmisibles o improcedentes frente al total de las decididas, como un posible índice de dicho uso abusivo. Con los inconvenientes propios de

34 Carmen Luisa REYNA DE ROCHE: *Estudio socio-jurídico del juicio de amparo en Venezuela*. Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Amparo en Venezuela, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1995. (Mimeog.)

35 *Ibid*, p. 7.



este tipo de estudios entre nosotros, debidos a las dificultades para conseguir datos estadísticos suficientes y confiables, pudo determinar sin embargo que, ciertamente, existe una bastante elevada proporción de juicios de amparo declarados inadmisibles o improcedentes frente a los declarados con lugar: alrededor de las dos terceras partes del total de decididos, en los tribunales estudiados. El estudio abarcó el periodo entre 1990 y 1994, encontrándose que, en general, no son muchos los años en que los amparos declarados procedentes superan el 30%, mientras que varias veces se acercan al 20%.³⁶

Ahora bien, lo que resulta más interesante a los fines del presente análisis es la discriminación, dentro de los declarados inadmisibles o improcedentes, entre los amparos iniciados como acciones autónomas y aquéllos que son solicitudes cautelares dentro de un recurso contencioso-administrativo. Allí podemos encontrar una muy significativa diferencia: mientras que los amparos autónomos declarados con lugar se acercan en casi todos los años estudiados a la mitad de los decididos, los "amparos conjuntos" apenas superan el 20%, descendiendo en uno de esos años al 12%.³⁷

Las anteriores cifras -con todo y el valor limitado que las mismas pudieran tener, como lo advierte la propia autora del trabajo comentado, dadas las dificultades para obtener datos completos y confiables- muestran una clara tendencia a no considerar procedentes las solicitudes cautelares de amparo. Es cierto que ello pudiera deberse en parte a una especie de actitud reticente de los jueces, derivada del temor a emitir pronunciamientos de fondo en una fase preliminar; para intentar corroborar esta hipótesis, sería interesante un estudio comparativo entre el comportamiento de los jueces frente a este amparo cautelar y frente a la suspensión de efectos ordinaria, para cuya procedencia, como antes se puso de relieve, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no exige ningún pronunciamiento diferente al relativo a la irreparabilidad o dificultad de reparación del daño temido.

36 *Ibid.*, pp. 10 y 11.

37 *Ibid.*, p. 10. Adviértase que estas cifras se refieren sólo a resultados observados en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, pero no hay que olvidar que este tribunal conoce, en segunda o única instancia, de todos los juicios contencioso-administrativos, salvo los atribuidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa.

Pero, independientemente de ese posible factor, resulta indudable que la alta proporción de amparos cautelares no acordados es muestra de que, en numerosos casos, se trata de solicitudes montadas sobre bases poco sólidas. Esto no puede sino confirmar las sospechas de que los recurrentes acuden al amparo cautelar, no necesariamente en busca de una protección provisional frente a verdaderas violaciones de derechos constitucionales, sino más bien con la esperanza de obtener por su intermedio los "beneficios adicionales" que la figura del amparo ofrece, real o ilusoriamente, en comparación frente al proceso contencioso-administrativo.

b. Persistencia en el uso del amparo cautelar

Sin embargo, a pesar del alto volumen de amparos cautelares que terminan siendo desestimados por los tribunales contencioso-administrativos, la utilización de este medio procesal pareciera no disminuir, al menos en términos absolutos.

En efecto, aunque en el trabajo que se viene comentando no aparecen datos de ingresos de amparo discriminados entre acciones autónomas y solicitudes cautelares, sí figuran en cambio, así discriminados, datos anuales de causas de amparo decididas; si partimos de la hipótesis razonable de que alguna relación directa debe haber entre amparos ingresados y amparos decididos, podríamos tomar el número de amparos cautelares decididos como un índice de los ingresados. Sobre esta base, observamos que año a año el volumen de amparos cautelares que ingresan a los tribunales estudiados en el trabajo en referencia aumenta, si no al mismo ritmo de las acciones autónomas, sí de una manera que hasta ahora ha hecho conservar a esta modalidad del amparo la proporción de casi un tercio del total de amparos en el año.

Entre las razones que podrían explicar el que, a pesar de todo, se siga utilizando esta vía podría estar la de que los riesgos que ella conlleva, según antes se señalaba, no son en realidad tan inminentes. Así, la sanción de arresto prevista para la acción de amparo ejercida en forma manifiestamente temeraria es poco aplicada en la práctica; en todo caso, afecta a la parte, y no al abogado, quien en definitiva escoge la vía judicial a utilizar.



Además, a pesar de que el amparo no es en la práctica esa vía tan breve y sumaria como los textos la consagran y que los recurrentes esperan, si sigue brindando alguna celeridad procesal interesante. De este modo, la profesora REYNA DE ROCHE muestra en su trabajo que el promedio de duración en la tramitación de los amparos cautelares, aunque ha aumentado en los últimos años, no lo ha hecho en forma dramática, manteniéndose cercano a los 5 meses; y, aunque podrían considerarse excepcionales, hay datos de casos decididos en 1 día.³⁸

Es claro que tales datos no son determinantes, sobre todo si no son complementados con un estudio comparativo con lo que sucede en relación a las otras posibles vías cautelares. Pero podrían ser indicativos de que al menos el atractivo del amparo cautelar vinculado a su celeridad no es tan engañoso. Ello podría ser aún más cierto, desde el momento en que jurisprudencialmente se determinó que esta fórmula del amparo no necesita la tramitación contemplada en la ley para garantizar el contradictorio, criterio adoptado desde 1993.³⁹

Para concluir este punto, debe señalarse que, independientemente de cuáles sean las causas efectivas de ello, en todo caso parece claro que el "amparo conjunto" continúa ofreciendo atractivos a los recurrentes. Ello, debemos admitirlo, ya es suficiente motivo para no propugnar su eliminación, al menos por ahora. Que el verdadero objetivo perseguido por aquéllos, por su intermedio, no sea el propiamente asignado por la ley a esta figura, sino el de lograr de alguna manera ciertas ventajas que el sistema contencioso-administrativo no ofrece, debería en cambio conducir a acelerar el proceso de reformas de este último.

a'. Alcance ampliado del amparo cautelar

Hay una segunda circunstancia que conduce a reexaminar la valoración totalmente negativa sobre esta figura, vinculada, ésta sí, con su carácter propio de auxilio cautelar. Se trata de una tendencia jurisprudencial, relativamente reciente, a expandir el alcance del "amparo conjunto" en tanto que medida precautelar. A continuación nos referimos a esa tendencia.

38 *Ibid.*, p. 16. La observación hecha en la nota anterior es válida también en este caso.

39 Ver, entre otras, sentencia de la CPCA, dictada el 28-10-93 (caso Santos Erminy Capriles vs Federación Médica Venezolana), revisada en original.

b'. El amparo cautelar: ¿algo más que una suspensión de efectos del acto impugnado?

La posición tradicional dentro de la jurisprudencia contencioso-administrativa en esta materia ha sido clara y firme: el amparo cautelar sólo puede consistir en la suspensión de los efectos del acto que se impugne en el recurso conjuntamente con el cual se ha formulado la solicitud. Esta posición está basada en el texto mismo del artículo 5, aparte único, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagratorio de la figura, según el cual "el Juez (...) suspenderá los efectos del acto recurrido, como garantía (del) derecho constitucional, mientras dure el juicio".

Se ha entendido así que, en la transcrita disposición, la ley establece en forma precisa cuál puede ser el contenido del mandamiento que se expida: la suspensión cautelar de los efectos del acto recurrido. Esta interpretación -con base, se insiste, en los términos utilizados por el propio legislador- otorga al amparo cautelar un alcance bastante restringido, prácticamente tanto como el de la figura de la suspensión de efectos del proceso contencioso-administrativo, prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Es por ello que ha precisado la jurisprudencia que el objeto de la medida no puede serlo un acto de carácter negativo, al igual de lo que se ha dicho con respecto a esta última, tal como antes se refirió, así como tampoco puede tratarse de un acto cuyos efectos ya se hayan cumplido, pues la "suspensión" del mismo equivaldría a restablecer una situación anterior a la ejecución, y no a simplemente suspender la ejecución.

Sin embargo, a pesar de esas declaraciones, en la práctica judicial comenzaron a darse algunos casos en los cuales el juez contencioso-administrativo, sin ofrecer mayores explicaciones teóricas para fundamentar su decisión, acordaba por esta vía una protección cautelar que excedía del simple efecto suspensivo. Pueden citarse, como ejemplo de esta tendencia, las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa en algunos recursos en materia funcional: al impugnarse un acto de destitución o de remoción - normalmente ya ejecutados, de conformidad con la práctica común en

40 Ver, entre otras, la sentencia de la CSJ-SPA dictada en fecha 6-4-95 (caso Luis Eduardo Chacín Chacín vs. UNERG), consultada en original.



esta materia- y solicitarse amparo cautelar contra el mismo, el tribunal, si estimaba que existía presunción grave de violación de los derechos constitucionales invocados, procedía a ordenar la reincorporación del actor al cargo del que había sido excluido; y ello, afirmando que se estaba acordando la medida de suspensión de efectos solicitada, sin reparar que en realidad no se estaba suspendiendo la ejecución del acto -dado que esta ejecución ya había sido cumplida y no era susceptible de ser suspendida- sino restableciendo la situación anterior a dicha ejecución, con lo cual ésta quedaba, de hecho, eliminada, pudiendo incluso llegar a implicar tal "suspensión" la revocatoria implícita del acto por el cual se hubiera eventualmente designado a un tercero en dicho cargo.⁴⁰

Ciertamente, parecía resultar paradójico al juez contencioso-administrativo el hecho de que en los procesos ordinarios pudiera contar con un poder cautelar de una gran amplitud, mientras que por la vía del amparo -donde, por definición, la necesidad de protección debería ser atendida con mejores recursos jurídicos- ese poder se encontrara tan restringido. Es así como en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, donde ya se sentía esa preocupación, se comenzó a aplicar, en casos similares, la solución adoptada por el Supremo Tribunal: advirtiendo que la solicitud de suspensión de efectos ante un acto ya ejecutado no persigue una finalidad propiamente suspensiva, se acordaba sin embargo la restitución al cargo -en el caso, desde luego, en que se hubiera determinado la existencia de presunción grave de la violación de derechos constitucionales alegada-, citando como fundamento para ello los precedentes del Supremo Tribunal.⁴¹

Esta tendencia expansiva del alcance del amparo cautelar culminó con una declaración de la Sala Política de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que

"si bien esta modalidad del amparo no cuenta con los plenos efectos restablecedores que posee cuando es ejercido de forma autónoma, tampoco puede afirmarse que su resultado está circunscrito, solamente, a la suspensión de los efectos del acto administrativo individual impugnado, ya que (...) el Juez que conozca del amparo conjunto tiene las más amplias facultades -dentro de los limitantes propios de toda cautelar- para impedir se mantengan las violaciones de derechos

41 Entre otras, ver sentencia de la CPCA de fecha 7-7-95 (caso Maryorie Mata vs. Policía del Municipio Simón Rodríguez, Edo. Anzoátegui), vista en original.

constitucionales por parte del acto recurrido o evitar que éstas se produzcan, en caso de ser inminente la amenaza. Para ello, si bien en muchas ocasiones la simple suspensión de efectos del acto administrativo cuestionado será suficiente, en otras ocasiones será necesario el dictar medidas provisionales que, sin satisfacer totalmente la pretensión final del recurrente, garanticen que, al decidirse el fondo del asunto, la sentencia definitiva sea efectiva y que, durante el proceso requerido para su emisión, no se hubieran lesionado derechos fundamentales del recurrente." (Sentencia de fecha 30-5-95, en el caso *Oswaldo Alvarez vs. Colegio de Ingenieros de Venezuela*).

El caso donde fue efectuado el anterior pronunciamiento del Supremo Tribunal es particularmente significativo dentro de este proceso evolutivo. Se trataba de un recurso de nulidad contra un acto del Colegio de Ingenieros mediante el cual éste había negado la inscripción del título de Técnico Superior ostentado por el solicitante; conjuntamente fue planteada una solicitud de amparo cautelar, con la cual se pretendía obtener la inscripción como miembro de dicha institución. lo que fue negado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, con fundamento en que el amparo así solicitado "no tendría el efecto susponsivo que, al ejercerse bajo esta modalidad, le es propio" y que acordarlo conduciría a crear un derecho que el recurrente no tenía. Al decidir la apelación que contra esta sentencia fue ejercida, el Supremo Tribunal -aunque en definitiva ratificó la negativa del amparo, por no estar fundamentado en una violación directa e inmediata de la Constitución- expresó su desacuerdo con la posición de principio de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y dejó sentado su nuevo criterio sobre el posible alcance del amparo cautelar.

Es evidente, pues, que ha habido una ampliación indudable de las posibilidades del amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación, que lo podría hacer comparable ahora, no a la simple suspensión de efectos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como antes se tendía a pensar, sino a las medidas cautelares innominadas del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Este criterio, además de lucir absolutamente razonable, no pareciera tampoco contrariar el espíritu del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo. Ciertamente, en su texto hay una referencia a la "suspensión de efectos del acto recurrido", pero no es forzoso interpretar que tal referencia es excluyente de otras posibles medidas. Es necesario buscar una



interpretación menos literal y más lógica, y entender que la referencia a la suspensión de efectos fue hecha por el legislador a título ejemplificativo, "si (el juez) lo considera procedente para la protección cautelar"; pero si no considera procedente la suspensión de efectos, no podría el juez quedarse de brazos cruzados ante la constatación de una presunción grave de violación de derechos constitucionales: debe, en ese caso, conceder otra medida que considere procedente para la protección cautelar.

Pero la referida evolución expansiva de esta figura no se ha limitado al recurso de anulación. Se ha producido igualmente en relación al recurso por abstención. Esto es también sumamente importante, pues, con respecto a este recurso, el amparo cautelar confrontaba un problema especialmente grave.

Efectivamente, la solicitud cautelar de amparo puede interponerse, según el texto del aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, que antes se transcribió, tanto conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación como con el recurso contencioso-administrativo "contra las conductas omisivas" o, como éste es más conocido, recurso por abstención. No obstante ello, en el mismo párrafo se señala más adelante que "en estos casos, el Juez (...), si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido (...)".

En el caso de pretender interpretar esta disposición de una forma literal, se llegará necesariamente a la conclusión de que la misma carece de sentido, pues en el recurso por abstención, donde por definición no hay acto que impugnar, es imposible acordar una medida cautelar que consista precisamente en suspender los efectos del acto impugnado. Además, según ya antes se señaló, la doctrina jurisprudencial imperante sobre el recurso por abstención ha enfatizado en la incompatibilidad que, según ella, existe entre las pretensiones deducibles en este recurso y las propias del amparo constitucional ante conductas omisivas, lo que parece conducir a la imposibilidad -dentro de la lógica de esta doctrina- de deducir conjuntamente ambas pretensiones, así una de ellas lo sea en forma cautelar.

Por otro lado, aun si se quisiera adoptar una interpretación amplia y no literal de la disposición comentada, entendiendo que la referencia a la

"suspensión de efectos del acto recurrido" es sólo una posibilidad dada por el legislador, a modo de ejemplo, de las diversas medidas provisionales que podría tomar el juez como garantía temporal del derecho constitucional invocado, hay que admitir lo difícil que resulta imaginar algo similar en el recurso por abstención, donde la pretensión deducida es una actuación positiva, que dé satisfacción a la obligación incumplida por la autoridad accionada. De adoptar el juez, como medida cautelar, la orden dirigida a dicha autoridad de que cumpla con la obligación omitida, tal medida carecería de la naturaleza provisional propia de las medidas cautelares; cumplida tal obligación por la vía "cautelar" del amparo, el recurso dejaría de tener objeto.

Todos esos inconvenientes de interpretación han pretendido ser superados en fecha reciente por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en la sentencia dictada en fecha 29-6-95 (caso Horacio Velásquez *versus* Director de La Planta), en la que fue acordada una medida cautelar, a título de amparo, dentro de un recurso por abstención. Se trataba de un recluso que había solicitado la concesión de una determinada fórmula de cumplimiento de la pena impuesta, sin haber recibido respuesta al respecto.

La Corte comenzó por dilucidar si en realidad cabía la interposición conjunta del recurso por abstención y de la solicitud cautelar de amparo, interrogante a la que dio respuesta positiva, con base en varias razones: en primer término, porque existe una disposición expresa en la ley que así lo prevé y, a pesar de su redacción poco clara, es preciso atribuirle algún sentido lógico; luego, porque el criterio jurisprudencial acerca de la incompatibilidad de las pretensiones del recurso por abstención y del amparo se refieren a este último bajo la modalidad de la acción autónoma, muy diferente a la modalidad cautelar; finalmente, porque no es cierto que en esa interposición conjunta se confundan necesariamente la pretensión principal, del recurso, y la cautelar, del amparo.

A este último respecto, razonó la Corte que es lógicamente posible que la violación del derecho constitucional invocado como fundamento del amparo cautelar no derive directamente del incumplimiento de la obligación legal que es causa del recurso. Por tanto, no cabe afirmar *a priori* que el pronunciamiento respecto del amparo cautelar haga inútil el pronunciamiento sobre el recurso por abstención.



Con base en tales premisas conceptuales, la Corte, luego de determinar en el caso concreto la existencia de una presunción grave de violación del derecho constitucional invocado, negó la medida cautelar consistente en que se acordara al recurrente, por vía de amparo, el beneficio que había solicitado a la administración carcelaria, razonando al respecto la Corte que tal pretensión no tenía carácter cautelar, dado que era la misma pretensión de fondo deducida en el recurso; en este sentido, fue muy clara la sentencia en establecer que el mandamiento de amparo cautelar no puede consistir en la orden de cumplir la obligación legal específica que sirve de sustento al recurso. En cambio, se le acordó la otra pretensión cautelar, consistente en que, mientras durara el juicio, la administración carcelaria accionada se abstuviera de trasladar al recluso a otro centro de reclusión, lo que, según alegaba el recurrente, tendría como consecuencia la de entorpecer el desenvolvimiento del procedimiento.

En sentencias posteriores, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha ratificado su posición de que conjuntamente con el recurso por abstención puede interponerse una solicitud cautelar de amparo, siempre que la violación de derechos constitucionales sea independiente de la omisión objeto del recurso, y de que en tales casos el juez de amparo cuenta con amplios poderes cautelares.⁴²

Esta interpretación extensiva que se ha dado al "amparo conjunto", tanto en el recurso por abstención como en el de anulación, abre nuevas perspectivas a esta figura, que podrían conducirla a ocupar un lugar apropiado dentro del sistema cautelar contencioso-administrativo, ganado esta vez por méritos propios, y no como una simple excusa para proporcionar otro tipo de ventajas.

III. CONCLUSIONES

No hay duda de que éste es un tema sobre el cual hay que continuar reflexionando y trabajando. De hecho, la jurisprudencia sobre el mismo es muy activa y cambia con gran rapidez, como hemos tenido oportunidad de comprobar en varios aspectos de los tratados a lo largo de estos comentarios.

42 Ver sentencia de 14-12-95 (caso Asociación Civil Conductores Unidos de Caracas-La Victoria vs MTC), vista en original.

La profesora Carmen Luisa REYNA DE ROCHE, en el trabajo a que antes se hizo referencia, afirma que "puede decirse que quien no conozca las últimas decisiones de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo no sabe de amparo".⁴³

Si ello es cierto, posiblemente no sea una situación muy deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Pero, visto desde otra perspectiva, quizá sí sea algo positivo dentro del proceso de perfeccionamiento de las instituciones jurídicas y, en particular, de la figura del amparo.

Ello parece constituir una clara señal de que, con el amparo, estamos en presencia de una institución que, a pesar de las deficiencias técnicas derivadas de la manera como fue diseñada en el plano legislativo, cumple un importante papel en la estructura social. Y debemos estar claros en que los instrumentos jurídicos no deben estar hechos para ser analizados por los teóricos, ni mucho menos para los jueces, sino para los usuarios, para los individuos que aspiran a resolver sus problemas por su intermedio.

Finalmente, debo admitir que, por lo que se refiere concretamente al "amparo conjunto", no me atrevo, a diferencia de lo que hice hace tres años, a formular conclusiones muy radicales y terminantes. En todo caso, pienso que hay dos que podríamos aventurar:

1. Quizá sea conveniente no eliminar esta figura, sino mantenerla y continuar profundizando en las posibilidades que sería capaz de ofrecer en la virtualidad cautelar que le es propia y que debería ser, por tanto, el aspecto que en ella se refuerce.

2. Para tratar de aprender de la experiencia, debería intentar buscarse el cauce adecuado a las necesidades resentidas en el sistema contencioso-administrativo, que hasta ahora se han expresado indebidamente mediante la utilización inapropiada del amparo conjunto. En tal sentido, es claro que, dentro del proceso de reforma legislativa que de dicho sistema se está gestando, sería esencial tratar de buscar solución a algunos de los problemas que éste presenta y que, en la práctica, pretenden ser sorteados por la vía de un artificioso "amparo conjunto": por un lado, regular el

43 *Op. cit.*, p. 13.



tema de los requisitos de admisibilidad, sobre todo el referido al agotamiento de la vía administrativa, de una manera que garantice mejor el derecho al acceso a la justicia; por otro, tratar de idear mecanismos que tiendan a garantizar una mayor celeridad procesal.

**LA PRUEBA EN EL DERECHO
PROCESAL ADMINISTRATIVO**



**LA PRUEBA EN EL DERECHO
PROCESAL ADMINISTRATIVO**

**Por
Agustín Gordillo
Profesor de Derecho
Administrativo de la Universidad
Nacional de Buenos Aires**

**I.
INTRODUCCION**

I. El caso, los hechos, la prueba ¹

Es claro que las normas “no se activan por si mismas”: ² “Todo depende del asunto”, ³ y son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una

¹. Resumimos aquí conceptos que desarrollamos en *El método en derecho*, Civitas, Madrid, 1988, reimpresión 1995, y en el tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 3° ed., Buenos Aires, 1995, capítulo I, parte II. Ver también PACTET, Pierre, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Pedone, Paris, 1952; COLSON, Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 1970; DE GASTINES, Louis, *Les présomptions en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1992; TENTOLINI, Ottorino, *La prova amministrativa*, Milán, 1950; BENVENUTI, *L'istruzione nel proceso amministrativo*, Padua, 1953; EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964; FALCÓN, Enrique M., *Cómo se ofrece y se produce la prueba*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993; PIRÁN, Carlos J., *La prueba en el ámbito de la administración*, FCU, Montevideo, 1974; ESGUERRA SAMPER, José María, *Apuntes de derecho probatorio*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1992; ESPINOSA LOPEZ, Luis Gerardo, *Derecho Probatorio. Curso teórico práctico (jurisprudencia y doctrina)*, 2° ed., Librería del Profesional, Bogotá, 1986; PARRA QUÍJANO, Jairo, *Tratado de la prueba judicial*, 5 vols., Bogotá, 1991; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, ps. 930 y ss.

². BINDER, David A., y BERGMAN, Paul, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1984, p. 2.

³. LORD DENNING, *The Discipline of Law*; Butterworths, Londres, 1979, ps. 93 y 97.

determinada regla sustantiva”,⁴ “el alcance de una regla, y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos”,⁵ los cuales se aprecian y determinan a través de la prueba. Corresponde al tribunal “verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida”,⁶ pues “el control de legalidad supone que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto”;⁷ “la justicia de la solución del caso concreto deriva de la dilucidación verdadera de los hechos y el derecho en el involucrados”.⁸

El derecho está concebido como mínimo para asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión ... (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso ... Una conclusión basada en ... prueba abstracta puede ser ‘racional’, pero no es una decisión ‘racional’ en el caso del cual se trata”.⁹

Es que “ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra ... la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no

4. BINDER, David A., y Bergman, Paul, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1984, p. 2.

5. LEVI, Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1964, p. 10.

6. Cámara Nacional Federal, *Lamas*, La Ley, 123:149; *Arroyo*, La Ley, 101:3.

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos* 267:77, 79, *Molinelli*, en igual sentido *Grichener*, 262:67 y 71, cons. 5º y sus referencias.

8. GUASTAVINO, Elias P., *Tratado de la 'jurisdicción administrativa' y su revisión judicial*, tomo I, 2º ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989, p. 31; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 400, quien transcribe del primero una frase más categórica de la p. 32 de su primera edición: “a la justicia de los conflictos se llega sólo partiendo del conocimiento de la verdad de los hechos”.

9. JAFFE, Louis, *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1965, p. 601.



puede ser objeto de una facultad discrecional”, “... porque no puede quedar al arbitrio de la Administración” (ni de cualquier otro órgano del Estado) “... discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”.¹⁰

Un buen tribunal indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía, y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*”.¹¹

Para determinar esa realidad es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación”; se trata del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés; es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente”.

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa”; si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan ‘las circunstancias particulares de tiempo y de lugar’”, y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”; no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas”, a “profundas investigaciones de hecho”.

Santo Tomás destacó la base experimental del conocimiento humano, y puede encontrarse en Aristóteles la misma idea; Leibnitz señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos

^{10.} GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1979, ps. 31 y 32, quien recuerda su artículo *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Esta famosa frase, frecuentemente recordada, es también transcrita por TAWIL, *op. cit.*, ps. 392 y 393.

^{11.} Como recuerda PADILLA, Miguel, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 77.

empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos, y por ello, siendo finita la percepción sensible —aun con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados de ambas partes, más el expediente administrativo en su caso, ha permitido avanzar bastante en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, si entiende que no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho, si a su juicio los elementos probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos. Ello es así en buenos principios¹² y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.¹³

Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: en el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo, y en el amparo la naturaleza sumarisima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario.

Es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”¹⁴ y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho: los tribunales de alzada tienen inclinación a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores.¹⁵

^{12.} Por ejemplo en Francia COLSON, Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 1970, que dedica toda una parte de su libro a la búsqueda de pruebas efectuada por el juez, ps. 97 y ss.; ver también KIELMANOVICH, Jorge L., *Medios de prueba*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

^{13.} Por ejemplo en el caso *Saguir y Dib*, Fallos, t. 302, p. 1284, año 1980.

^{14.} LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Butterworths, Londres, 1980, p. 61.

^{15.} BINDER Y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; Levi, *op. cit.*, p. 5, y sus referencias. Comparar LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.



Cabe además tener presente los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,¹⁶ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc., y evaluar siempre cómo afecta ello el caso. Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen “el supuesto de hecho inicial”, sino que también pueden cambiar “las reglas aplicables”,¹⁷ “el resultado que se considera deseable”, la autoridad decidente, el entorno jurídico político, las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, etcétera. Algunos fallos consideran que “las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión,¹⁸ lo que torva inoficioso su tratamiento al carecer el planteo de objeto actual”.¹⁹

Por lo expuesto, puede ser también oportuno recordar el viejo aforismo que para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla”,²⁰ y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada”.

No se debe buscar al “ídolo de la certidumbre ... la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica”.²¹

¹⁶ ROMBAUER, Marjorie D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1984, p. 328.

¹⁷ CARRIO, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 32 y 33, punto G. En otro sentido dice Levi, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas”, lo que también es exacto, sobre todo en derecho administrativo.

¹⁸ *Fallos*: 216:147; 243:146; 244: 298; 259:76; 267:499; 308:1087

¹⁹ *Arg. Fallos*: 231:288; 253:346; 307:2061, CSJN, *Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 de mayo de 1995, cons. 2°.

²⁰ O como dice CARDOZO, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, reimpresión 1952, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados”, esto es, grandes principios, Lord Denning, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, refiriéndose al derecho supranacional.

²¹ POPPER, *La lógica ...*, *op. cit.*, p. 261.

Recuerda Cardozo que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil”, pero que con el tiempo “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación, y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente”.²²

2. Unidad de la prueba en los distintos procesos²³

El régimen de la prueba en el derecho procesal administrativo es básicamente el mismo que en el del derecho procesal civil y comercial; no suele haber sino escasas normas de derecho procesal administrativo que en materia de prueba dispongan algo diferente del derecho procesal común.²⁴ Sin embargo, la dinámica probatoria es distinta, primero porque una parte fundamental de la prueba está ya producida o ha de ser producida en el procedimiento administrativo previo al judicial, y segundo porque interfieren en la decisión, como veremos, problemas que no son propios del proceso ordinario.

En todo caso, es válida en el proceso administrativo aquella verdad sempiterna del proceso ordinario de que los juicios se ganan o pierden en la prueba. Lo que determina la solución del caso es la percepción de los

²² CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

²³ A la inversa de lo que exponemos en el texto, hay autores y jurisprudencia que consideran que existen principios “no sólo distintos, sino hasta opuestos”, tales como GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 629, citado por GONZALEZ PEREZ, *Comentarios, op. cit.*, p. 932 y nota 7. Quienes postulan una diferencia están sosteniendo, como dice González Pérez, *op. cit.*, p. 953, el carácter “revisor” de la llamada justicia contencioso administrativa, con el alcance de remitirse a la prueba producida en sede administrativa y limitar la producción en sede judicial; ello llevaría, en nuestro sistema constitucional, a una denegación de acceso a la justicia, pues de poco sirve acudir a ella si no puede producir prueba *ex novo*; por ello el principio ha de ser el de amplitud de producción de la prueba en sede judicial (coincide en la solución GONZALEZ PEREZ, *op. cit.*, ps. 934 y ss.).

²⁴ Tampoco figura la prueba en los análisis sobre posibles reformas al régimen procesal administrativo, por ejemplo en GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, Madrid, 1992.



hechos por el tribunal a través de la prueba y su fuerza de convicción. La prueba sigue siendo el punto vital; es la yugular del juicio procesal administrativo como de cualquier otro juicio.

3. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba

Será permanente la discusión acerca de si el juez meramente aplica el derecho o en verdad también lo crea. Sin perjuicio de que adherimos a la idea de que el juez crea el derecho, como mínimo porque reconoce y determina los hechos, es claro que si hay que decidir varias soluciones jurídicas posibles para un caso cualquiera, ello será siempre dependiente de cuál es la situación de hecho a la cual toca aplicarlas. Basta que el juez determine que los hechos son “A” o “B” para que paralelamente la solución jurídica pase de “A” a “B”. Según el tribunal reconozca o determine los hechos de uno u otro modo la solución ha cambiado.

Todos sabemos a partir de Popper que no existen verdades absolutas ni en las ciencias físicas o naturales ni menos aún en el derecho; sólo hay conjeturas, o si se quiere verdades con comillas, provisorias. Una es la “verdad” de la administración, otra la “verdad” de las partes en el juicio, otra es la “verdad” en la sentencia del tribunal en cada instancia sucesiva.

¿Cuando se agoten las instancias será la “verdad” la de la última sentencia? Como dice García de Enterría, los tribunales superiores no tienen la última palabra: la tiene la doctrina; o como decían antaño los marxistas, la historia.

Pero en definitiva, nadie sabe cuál es la verdad de un caso. Siempre va a ser una verdad provisorio, o más bien una mera conjetura, buena o mala, pero conjetura al fin. Con lo cual tampoco debemos exagerar la crítica sobre la eventual incertidumbre de la decisión en algún modo subjetiva del tribunal; el que sea imperfecta no le quita validez provisorio como conjetura o hipótesis, ni le quita la posibilidad de resolver en forma definitiva, en el marco de la litis, una cuestión contenciosa.²⁵

²⁵ Nos remitimos a la explicación del tema en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 3^o ed., Buenos Aires, 1995, capítulo I, primera parte.

4. La dispensa de prueba ²⁶

Cabe también recordar la distinción del derecho procesal común entre hecho evidente, hecho público y notorio y conocimiento privado de juez.

Hecho evidente es aquello que nadie podría jamás discutir ni ignorar. Que hay la noche y el día; el sol, las estrellas. El calendario, ²⁷ en algunas épocas la desvalorización de la moneda, ²⁸ el tiempo, la vida y la muerte. “La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración”. ²⁹ De todas maneras no ha de darse un alcance extremo al concepto de hecho evidente, pues “estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario, porque cada día el avance de la ciencia va demostrando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas”. ³⁰

Hecho público y notorio es aquello que todos saben en determinado tiempo y lugar: que tal persona es el presidente de la república, o el alcalde de la ciudad. El conocimiento privado del juez es aquello que el juez sabe, que lo que no está en el expediente: la solución clásica es que no puede usar su conocimiento privado para resolver una cuestión, sin perjuicio de que puede ordenar medidas para mejor proveer, las medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente bajo el contralor de las partes su conocimiento privado. De este modo y no de otro puede llevarlo a la sentencia.

²⁶ Sobre este punto ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos. Parte General*, Buenos Aires, 1988, ed. Macchi, capítulo VII, parágrafo 20, ps. 38 y ss.

²⁷ SENTIS MELENDO, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, volumen III, Buenos Aires, 1959, p. 103.

²⁸ COLOMBO, Carlos J., *Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital*, Buenos Aires, 1964, p. 635.

²⁹ CARNELLI, Lorenzo, “El hecho notorio en el proceso dispotivo”, *La Ley*, t. 31, ps. 631 y ss., 641; su libro *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos. Parte General*, capítulo VII, número 20.2, página 41, Ed. Macchi, reimpresión 1988.

³⁰ EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 45.



Como dice Guasp, “No son, pues, hechos notorios aquellos que el órgano jurisdiccional pueda conocer oficialmente o privadamente, sino aquellos que disfruten de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla”.³¹ En suma, lo notorio es “lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada, con un número mayor o menor de personas”.³² En otras palabras, hecho notorio es aquel “que nadie lo pone en duda”³³

5. La prueba en las facultades regladas y discrecionales³⁴

Esto es válido en primer lugar en materia de facultades regladas, porque habrá que determinar, ante los diversos supuestos de hecho previstos por la ley, si lo que resolvió el administrador encuadra en uno u otro supuesto o en ninguno. Esa no es fundamentalmente una cuestión normativa o de interpretación jurídica, es fundamentalmente una cuestión de interpretación de los hechos a través de la prueba producida.

También en materia de facultades discrecionales la prueba es determinante de la solución del caso. Todas las técnicas de control de la discrecionalidad -principios jurídicos indeterminados, hechos determinantes, buena fe, desviación de poder, principios generales del derecho, proporcionalidad, relación coste-beneficio, razonabilidad, etc.- se ejercitan a través de la percepción de los hechos que se realiza y evalúa a través de la prueba.

Estos principios de control de la discrecionalidad, antes eran legales y jurisprudenciales, ahora son reconocidos como constitucionales por el principio del debido proceso legal y también supranacionales por el Pacto

³¹ GUASP, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2º parte, Madrid, 1947, p. 380.

³² LÓPEZ NIETO Y MALLO, Francisco, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 825; HELLBING, Ernst C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, Manzsche Verlag, Viena, 1953, tomo I, p. 274.

³³ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1956, t. III, p. 249.

³⁴ Esta cuestión ya fue estudiada minuciosamente por GOLDENBERG, *op. cit.*, capítulos VI a X, ps. 148 y ss.

de San José de Costa Rica, en nuestro continente; y son supranacionales en el derecho comunitario europeo, en el cual la convención europea de derechos humanos permite también construir principios iguales y lo ha hecho también la jurisprudencia desde sus comienzos.

II.

LOS TIEMPOS DE PRODUCCION DE LA PRUEBA ³⁵

1. La carga y oportunidad de la prueba ³⁶

Como dice Treves, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*; ³⁷ de allí se sigue, en palabras de Micheli, que “de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios”, y que no puede en modo alguno sentarse un principio de “en la duda a favor del Estado”. ³⁸ A todo evento y en un estado democrático, el principio rector

³⁵ Existen diversas distinciones que se formulan respecto de la prueba, por ejemplo si ella es judicial (procesal) o extrajudicial (extraprocésal); personal, real o de presunciones, etc. (ver al respecto GONZALEZ PEREZ, Comentarios, *op. cit.*, p.931 y ss. y sus remisiones). Sin embargo, nos parece más importante el momento en que ellas se producen, y si se producen oficial o privadamente, por las razones que se verán en el texto.

³⁶ Ver también BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, La carga de la prueba en el derecho administrativo, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, tomo V, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, volumen 2, *Los recursos de anulación y de plena jurisdicción*, FJV, Caracas, 1978, ps. 468 y ss.; también publicado en la “*Revista Argentina de Derecho Administrativo*”, n° 11, Buenos Aires, 1976, ps. 15 y ss., bajo el título “La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano”. Ampliar en nuestro citado *Procedimiento y recursos administrativos. Parte general*, capítulo VII.

³⁷ TREVES, Giuseppino, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, ps. 84 y ss., 161 y ss.

³⁸ MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110.



es *in dubio pro libertate*.³⁹ En otras palabras, que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba”,⁴⁰ ni libera a la Administración de aportar las pruebas que sustenten su acción:⁴¹ “dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba”⁴²

En resumen, en este punto la idea clásica es que la Administración podía actuar, pero debía probar.⁴³ La pregunta que se formula, hoy, un poco más acuciantemente, es si la Administración debe necesariamente probar *antes* de actuar, o si puede probar *después*.

Básicamente, si cuando dicta un acto administrativo sin pruebas suficientes que lo sustenten y este acto es impugnado ante la justicia, por ejemplo, por carecer de sustento fáctico, ¿puede la Administración ulteriormente en el proceso administrativo producir la prueba que no produjo antes en sede administrativa? ¿Puede demostrar tardíamente el sustento fáctico de su comportamiento?

Mucho depende de si uno quiere privilegiar la verdad objetiva en cualquier etapa del proceso, en cuyo caso puede admitir la introducción de pruebas hasta en la etapa de sentencia en las más altas instancias, o si prefiere reafirmar el debido proceso en sede administrativa, caso en el cual

³⁹ Un lúcido desarrollo de este principio en SCHNEIDER, Peter, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960. En igual sentido DIEZ, Manuel María y HUTCHINSON, Tomás, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1980, p. 488, afirman que “En caso de duda, debe estarse siempre a favor del administrado”. Compartimos el principio, pero no lo vemos siempre vigente en la práctica.

⁴⁰ MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119, *in fine*. Sobre el tema ampliar en BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Estado de derecho y control judicial*, INAP, Alcalá de Henares-Madrid, 1987, ps. 374 s 385; *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, EJV, Caracas, 1993, ps. 169 y ss..

⁴¹ MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118.

⁴² GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 467.

⁴³ TREVES, Giuseppino, *La presunzione di legittimà degli atti amministrativi*, Padua, ps. 84 y ss., 161 y ss.; MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 178, nota 110; nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. V, n° 5.3., ps. 26 a 28.

condenará a la decisión administrativa que no fue, al momento de su dictado, sustentada en un sustento fáctico y probatorio razonable y suficiente. No se trate de que la administración “acierte” por “intuición” o clarividencia la prueba futura en sede jurisdiccional, sino que tenga frente a sí al momento de resolver todos elementos de prueba sobre los cuales adoptará entonces una decisión objetiva, sensata y razonable.

2. Prueba en sede administrativa: el expediente

Cabe distinguir dos grandes etapas, en sede administrativa y judicial. La que se produce en sede administrativa consta en el expediente y éste es fundamental para el pleito. Suele ser muchas veces la prueba central. A veces, es la prueba única que existe para resolver; ahí hay que distinguir los sumarios de tipo disciplinario, en los cuales por lo general hay un carácter muy instructorio, muy inquisitivo del sumariante, que suele ser un poco limitativo para la posibilidad de la defensa del particular.

Por lo tanto, hay que tomarlos con precaución; pero también están los expedientes en general, que no tienen este problema. Esos expedientes que van lentos, en los que parece que no pasa nada, pero que después son lo principal del pleito.

Por ello deben tener cuidado, tanto la administración como el particular, de qué van agregando al expediente. La administración no siempre es cuidadosa en distinguir el valor probatorio de lo que incorpora en el expediente, y a veces da indistintamente crédito o falta de él a distintos medios probatorios. Por ejemplo, en esa etapa administrativa pareciera valer más un informe que un testimonio y es más “válido” lo que es de conocimiento directo de quien informa. Si en un informe se dice que alguien contó o relató algo, es posible que lo usen, pero ello es tan insuficiente como prueba, como lo sería un testimonio en igual circunstancia. O sea, lo oído decir, el *hearsay* del derecho norteamericano, es inadmisibile como prueba testimonial y también es inadmisibile como informe. Eso no es un informe, es mero oído decir.

Lo mismo, en lo referente a los registros o a las meras afirmaciones dogmáticas. Para que un informe merezca credibilidad respecto de los hechos a los cuales se refiere, tiene que ser una manifestación de lo que el propio funcionario ha visto con sus propios ojos o sentidos.



A. Su carácter de instrumento público o no ⁴⁴

Otra cuestión a considerar es si el expediente administrativo, no los actos jurídicos que lo integran, ⁴⁵ puede o no ser considerado como un instrumento público dentro de la enumeración que de ellos hace el código civil; aunque la respuesta sea afirmativa, cabe tener cuidado con ella: si es instrumento público, ello significará que cabe dar fe de que las fechas que enuncia son ciertas, que los lugares que menta como lugares de producción de los actos son ciertos, que las firmas que consigna son auténticas; pero esto no puede jamás significar que el contenido de lo que afirma sobre los hechos, sobre la realidad, también tenga valor de verdad como instrumento público. Es solamente en las formas extrínsecas que el expediente administrativo hace fe si se lo reconoce como instrumento público. En efecto, “lo que confiere a un instrumento la calidad de *público* es su *autenticidad*: a diferencia de los privados prueban *per se* la verdad de su otorgamiento”, ⁴⁶ pero no desde luego la veracidad de su contenido. ⁴⁷ Como también dice Couture, “el instrumento público hace plena fe,

⁴⁴ Desarrollamos el tema en el capítulo VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos”, del tomo 3º, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979 y reimpresiones, de nuestro *Tratado*, *op. cit.*

⁴⁵ Hay que recordar la necesaria distinción “de no confundir los actos (*instrumentos*) destinados a constatar convenciones y disposiciones, con esas mismas convenciones y disposiciones, que constituyen actos jurídicos (*negotia jurídica*). Es para evitar toda confusión a este respecto, que de ordinario hemos calificado a los primeros como actos instrumentales”: AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, 5ª ed., t. XII, Paris, 1922, p. 155, nota 2; igual distinción en Dalloz, *Nouveau répertoire de droit*, Paris, 1947, p. 55: “el acto instrumental designa al escrito labrado (*dresse*) para conservar la prueba de un acto jurídico”.

⁴⁶ GOLDSTEIN, Mario, y OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Civil y leyes complementarias*, tomo I, Buenos Aires, 1963, p. 391; la bastardilla difiere del original.

⁴⁷ Ampliar en BREWER-CARIAS, Allan Randolph, “Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido o auténtico y documento registrado”, *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, 1962, n° 41, ps. 192 y ss.; del mismo autor, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, UCV, Caracas, 1964, ps. 131 y 132, nota 79; BIELSA, Rafael, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado”, *JA*, 1949-II, p. 3, sección doctrina, ps. 5/6; CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio”, *EJ* t. 63, 1975. En contra, entendiendo la presunción al contenido mismo del acto, SPOTA, Alberto G., “Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas”, *JA*, 1955-I, p. 119;

aún frente a los terceros, *en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha*. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, pueden desconocer *la realidad del otorgamiento y la fecha del instrumento público*, salvo prueba de falsedad”.⁴⁸

De todas maneras es preferible la solución que niega al expediente definitivo el carácter de instrumento público,⁴⁹ porque es bien sabido cuántas pequeñas maniobras se hacen con las fechas, antedatando actos, rearmando o refoliando expedientes, actos, y no parece una solución justa la de que esto solamente pueda ser reargüido de falsedad por acción civil o criminal. Es por esas razones que se distingue claramente el acto pasado por ante escritura pública del acto de un expediente administrativo. Como dice Ortiz, “mientras el Notario se expide como tal y para dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental. Esto significa que mientras el Notario es creíble -y para eso se tituló como tal- en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia⁵⁰ o hecho él mismo, el servidor público no lo es y lo único que su palabra puede probar fue que la dijo, no la existencia de los hechos que narra. Luego, el acto administrativo escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión”.⁵¹

“Naturaleza jurídica de las cuentas de afirmados extraídas de los libros municipales”, *JA*, t. 55, p. 499. A veces leyes específicas dan presunción *juris tantum* también en cuanto al contenido a ciertos actos administrativos, por ejemplo los libramientos de deudas a los efectos de una ejecución fiscal: pero en tal caso la solución viene de la ley específica y no del carácter genérico de tratarse de instrumentos públicos.

⁴⁸ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1949, ps. 97 y ss.

⁴⁹ Para un desarrollo de la cuestión en el Código Civil argentino, ver nuestro citado *El acto administrativo*, capítulo VII, ps. 6 a 18.

⁵⁰ Con todo, ha de advertirse que el escribano certifica lo que se ha dicho delante de él, pero no “la exactitud o sinceridad de tales manifestaciones”, como aclara Alsina, *op. cit.*, p. 406.

⁵¹ ORTIZ, Eduardo, *Los privilegios de la Administración Pública*, San José, Costa Rica, 1973, ps. 92 y 93; también en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 23, San



B. La doctrina de los actos propios y el expediente administrativo

Una segunda cuestión de importancia en la valoración del expediente administrativo como instrumento de prueba proviene de la doctrina de los actos propios; el antecedente más mediato es en materia contractual y civil o comercial, donde se dice que la mejor forma de interpretar la voluntad de las partes es ver como ellas mismas se han comportado en su ejecución.

La regla se ha extendido y hoy en día la mejor forma de interpretar la conducta y la intención de las partes, como también la validez de su comportamiento y las consecuencias jurídicas que cabe aplicarle, es ver lo que han hecho y dicho, sus actos, sus comportamientos: es en el expediente administrativo donde mejor se reflejan, por lo general, los actos propios de ambos, tanto la administración como el administrado. Por lo demás y como lo tiene sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de los actos propios se emparenta con el principio de la buena fe y entre ambos constituyen principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico. Ha dicho así el más alto tribunal que “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado”. “*El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho*, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa “*venire contra factum proprium non valet*” que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe”.⁵² Igual principio ha sido destacado por la doctrina,⁵³ y como ha dicho también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “... resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales

José, 1974, p. 102. En igual sentido SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, ed. TEA, Buenos Aires, 1953, p. 366, expresa que “El instrumento es público en la medida en que *su autenticidad y genuinidad* están garantizadas por el Estado, aseguradas por un órgano presupuesto”; la bastardilla es nuestra.

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Cia. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional*”, J.A., 1989-IV 429.

⁵³ Por ejemplo en MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro".⁵⁴

Por lo tanto es de suma importancia el expediente administrativo porque frecuentemente predetermina, sin que las partes lo sepan siempre claramente al momento que lo van conformando con su acción o con su silencio, la solución del juicio administrativo: será luego tarde, con frecuencia, querer revertir lo que se ha actuado, callado u omitido en forma consistente en el expediente.

C. La vista y fotocopia del expediente⁵⁵

Otro punto a mentar en materia de expedientes es el tema de la vista y la copia o fotocopia del expediente. En casi todos los países el criterio es que salvo decisión expresa y fundada, con fundamento legal suficiente, que declare secretas o reservadas las actuaciones, el expediente es público, al menos para las partes, las cuales tienen entonces derecho en todo momento a tener acceso y fotocopia de él.

Esto es aplicable para el tema de las pruebas ilegítimamente o legítimamente obtenidas; si tengo fotocopias de un expediente, no tengo por qué demostrar cómo las obtuve, porque el expediente es público. Solo si el expediente fuera reservado, deberé demostrar cómo las obtuve.

Si no es así entonces, las fotocopias de un expediente son siempre admisibles como una primera presunción de lo que el expediente tiene, hasta que la administración lo acompañe y se pueda constatar el estado del original, sus eventuales refoliaturas, etc.

3. La prueba en sede judicial

Las primeras etapas probatorias para el juicio administrativo, no se dan una vez iniciado éste sino antes de interponer la demanda; una de ellas es el expediente administrativo, al que ya nos hemos referido.

⁵⁴ C.S.J.N., *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, 3 de marzo de 1992, "La Ley", 1992-B, ps. 216 y ss., cons. 4º *in fine*.

⁵⁵ Ampliar en nuestro citado *Procedimiento y recursos administrativos*, tomo 4.1. del *Tratado*, capítulo IV, ps. 25 y ss.



Pero todavía existe un punto previo a la demanda en que se pueden producir pruebas: tanto pruebas privadas o extrajudiciales - a que luego nos referimos -, como *pruebas judiciales previas* al proceso mismo, lo que en el derecho procesal llamamos medidas de prueba anticipada.

En este caso el litigante se presenta a la justicia antes de iniciar la demanda y pide la producción de determinadas pruebas, conforme a los supuestos en que el código lo autoriza. Un caso típico es cuando el futuro litigante pide el secuestro del expediente. En este caso, quedará a criterio del tribunal si existen o no razones fundadas para el secuestro: generalmente cuando se puede alegar fundadamente que se están haciendo maniobras con ese expediente que van a distorsionar su realidad o su verdad.

También se puede en ese momento previo a la demanda producir otras medidas de prueba. Hay acá una situación que la veremos repetida para el abogado que va a hacer la demanda: encuentra el expediente, estudia el tema, quiere armar la demanda y se da cuenta que con los elementos probatorios que tiene el juez tal vez no le de una medida cautelar; necesita más elementos probatorios. Si se pone a probarlos en juicio, se le va a ir el tiempo; entonces puede ser del caso producir privadamente la prueba y según el grado de convicción que ésta tenga, según la credibilidad de los expertos, testigos, peritos que consiga, ver si con todo ese paquete de pruebas producidas anticipadamente, logra o no conseguir la medida cautelar.

4. Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia

Otra hipótesis de prueba es acudir a la justicia penal para investigar la conducta de funcionarios administrativos, o de particulares relacionados con la administración pública en virtud de concesiones o privilegios. Por esa vía más difícil, dadas las mayores exigencias del derecho penal para incriminar una conducta, pueden acreditarse hechos que aunque no justifiquen calificación penal si pueden permitir probar ciertos hechos que después servirán de base para la demanda en sede procesal administrativa. La secuencia puede también invertirse: que mientras avanza el proceso administrativo se determinen en sede penal hechos que son relevantes para el juicio en materia administrativa.

Por lo general se estima que existe una relativa independencia entre lo resuelto en la competencia penal y lo que puede resolverse en materia

administrativa disciplinaria, sea en el propio ámbito de la administración o en la subsecuente revisión judicial.⁵⁶ Pero existen algunas limitaciones,

⁵⁶ Es reiterada la jurisprudencia que establece la independencia de la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, incluso con la inaplicación del principio *non bis in idem*. Así por ejemplo "la absolución o el sobreseimiento dispuestos en sede penal no siempre constituyen título suficiente para impedir la sanción administrativa, aún cuando ésa se imponga por hechos directamente vinculados con los que generaron la decisión judicial" (*Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1991, número 18, página 300). Circunstancias irrelevantes en el ámbito penal pueden no serlo en el administrativo. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 307:1282; Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 97:310, 108:34, y otros; *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1991, número 18, página 300; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomo III-B, páginas 427/8; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Ed. T.E.A., Buenos Aires, t. III, ps. 561/3 y otros). Conviene también tener presente que no se trata solamente de principios del derecho disciplinario de la función pública, pues los tribunales también los han aplicados en otros supuestos de derecho penal administrativo. Así por ejemplo la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, *in re Aceitera Chabas S.A.*, 25-X-94, cons. 7º), ha dicho que "conviene igualmente reiterar la doctrina de Fallos 303:1776 respecto de que la faz sancionadora del derecho administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente el derecho penal" Sala II *in re Vicentín SAIC c/ Instituto Arg. Sanidad y Calidad Vegetal - Resol. J.N.G. 36423/91* del 17 de mayo de 1994 y *Francisco López S.A. c/ Instituto Nacional de Semillas* del 7 de abril de 1994". De tal modo, aunque se trate de un sumario para determinar la responsabilidad del concesionario, seguimos estando ante una responsabilidad penal administrativo y no penal sustancial. Desde luego, el pronunciamiento judicial sobre la existencia de delito no puede controvertirse en sede administrativa (BARÓ, Daisy L.), *La relación de empleo público*, ed. Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1982, ps. 63 yss., y doctrina y jurisprudencia que cita), pero parece seguro que la administración no habrá de esperar aquí que la justicia penal dicte una eventual condena. Esa independencia del proceso penal respecto del sumario administrativo, y del derecho penal sustantivo respecto del derecho penal administrativo, ha sido resuelta reiteradamente por la justicia no solamente en materia de funcionarios públicos, sino también en lo que hace al desempeño y la responsabilidad de los abogados por su accionar ante los estrados judiciales: existe un doble juzgamiento por los propios tribunales y por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. La misma Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, por distintas salas, ha resuelto que se puede llegar a la doble aplicación de sanciones por el mismo hecho, sin que hasta el presente la norma -una u otra- haya sido declarada inconstitucional no obstante numerosos planteos al efecto.

Es cierto que hay una común sustancia penal *lato sensu* entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal administrativo (Procuración del Tesoro de la Nación,



tales como que si un hecho ha sido tenido por inexistente en la jurisdicción penal, no podría a la inversa tenerse como probado en la instancia civil o administrativa.⁵⁷

Dictámenes, 74:179; 168: 530 y otros; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomo III-B, página 428; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Ed. T.E.A., Buenos Aires, t. III, p. 530 y otros, citados en *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1991, número 18, p. 299), pero ello no obsta para que existan algunas diferencias entre ambos (COMADIRA, Julio Roberto, "El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, número 4, Buenos Aires, 1990, ps. 273 y ss.; BEZZI, Osvaldo Máximo, "El poder disciplinario de la Administración Pública: naturaleza, procedimiento y control jurisdiccional", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1982, págs. 33 y ss.; DOCOBO, Jorge, "Potestad disciplinaria de la administración pública", *J.A.*, Doctrina, 1970, p. 248; Baró, Daisy, *La relación de empleo público*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, y sus referencias, etc.). La conclusión es que "hay una comunicabilidad sólo relativa entre las jurisdicciones penal sustantiva y administrativo disciplinaria" (*Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1991, número 18, página 300); "conviene igualmente reiterar la doctrina de Fallos 303:1776 respecto de que la faz sancionadora del derecho administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente el derecho penal" (Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Acceitera Chabas S.A.*, 25-X-94, cons. 7°); *Vicentin SAIC c/ Instituto Arg. Sanidad y Calidad Vegetal - Resol. J.N.G. 36423/91*, del 17 de mayo de 1994; *Francisco López S.A. c/ Instituto Nacional de Semillas*, del 7 de abril de 1994).

⁵⁷ Hugo ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo IV, Ediar, 1961, 2° ed., pág. 177: "...Si el hecho no existe para el derecho penal, tampoco puede existir para el derecho civil;...". En este sentido, se ha establecido también que: "Si por decisión que ha quedado firme en sede penal se tienen por no acreditados los hechos delictuosos invocados como causal de despido, se abre una particularísima restricción a la facultad de los jueces de grado, pues en esta situación juega, en cuanto a la existencia o inexistencia del hecho la prejudicialidad prevista en los artículos 1102 y 1103 del código civil a cuyo respecto la sentencia penal hace cosa juzgada para los jueces de otro fuero; consecuentemente el Tribunal del Trabajo no ha podido valorar un hecho tenido por "inexistente" por la sentencia penal (Suprema Corte Buenos Aires, Octubre 3 de 1978). A su vez la nota a los artículos 1102 y 1103 del Código Civil expresa: "... Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuido a Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida a probar en el tribunal civil la existencia del hecho....". En cuanto a la interpretación de los arts. 1102 y 1103 del Código Civil, se ha dicho también que: "...2) si el juez penal declara que el hecho principal, que constituye supuestamente delito, no existe, esta declaración hace cosa juzgada en lo civil, no pudiendo el juez de este fuero volver sobre el

5. Producción privada de la prueba ⁵⁸

A. Testimonios

Frente a la renuencia administrativa a llamar testigos, o en otros casos en que haya dificultad de producir tempranamente la prueba en sede judicial, es pertinente utilizar lo que en el derecho norteamericano se denomina como *affidavits*, que son declaraciones juradas o no, que prepara una persona en forma unilateral y privada.

En nuestro derecho, sin tener la institución tan pulida, nada nos prohíbe pedirle a un testigo que nos escriba su declaración, que diga por escrito en una carta dirigida a nosotros o a la administración aquello que él conoce.

Aportamos entonces su carta o declaración como prueba documental, obviamente no como prueba testimonial, y lo ofrecemos entonces como testigo, para que la administración, si quiere, lo llame para que se ratifique de su contenido, repreguntarle, pedirle aclaraciones o ampliaciones. Si la administración no lo hace, es ella quien se ha quedado con la carga de la prueba y el particular ha podido introducir de una manera no despreciable lo que de otra manera no hubiera podido aportar.

B. Pericias

Lo que venimos de expresar respecto a los *affidavits* se aplica a las pericias, que pueden producirse privadamente e incorporarse al expediente administrativo o judicial ofreciendo simultáneamente al perito como testigo, para ratificar sus dichos, ser repreguntado, etc.

punto;" (C.Ia.C.C. San Isidro, Abril 29, 1975, Voto del Dr. Feldman). En igual sentido CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif, op.cit.*, p. 623, quien recuerda que "la autoridad de la cosa juzgada penal no se impone a las autoridades y jurisdicciones administrativas sino en lo que concierne a las constataciones de hecho que los jueces penales han realizado y que son el soporte necesario de sus decisiones".

⁵⁸ Nos remitimos al mayor desarrollo que efectuamos en *Procedimiento y recursos administrativos. Parte general*, tomo 4.1., de nuestro *Tratado, op. cit.*, capítulo VI, punto 7: "Producción informal de la prueba", 19.2, "Informes de personas no estatales", 22.7, "La oralidad del testimonio", 22.8, "Prueba testimonial producida por escrito", 26.2, "Prueba pericial: procedimiento formal o informal", y capítulo VII, punto 10.1, "Producción privada de la prueba" y sus respectivas referencias.



III. LEGALIDAD Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas

Un viejo principio del derecho procesal tiene más importancia en el derecho Administrativo y es que son inadmisibles las pruebas ilegítimamente obtenidas. Esto vale para una escucha telefónica hecha por la administración o terceros sin autorización judicial, para un allanamiento de domicilio sin autorización judicial; o excediendo la autorización judicial; se aplica también a la producción de prueba sin contralor de la contraparte, etc. Yendo a extremos, se aplica también desde luego a las declaraciones u otras “pruebas” obtenidas bajo tortura, etc.

Este principio general se extiende a la inadmisibilidad de las pruebas reservadas o secretas. Ellas han existido siempre en la historia, en los regimenes más autoritarios, pero de tanto en tanto pretenden reaparecer y de tanto en tanto es necesario que los tribunales mantengan firme el principio de que las pruebas secretas son inadmisibles en derecho. Que la prueba secreta es inadmisibile es una obviedad total, pero el principio prohibido intenta reaparecer es en las deportaciones de personas peligrosas, donde suele haber informes de los organismos de seguridad, que por sus propios mecanismos son de por si secretos. Los tribunales de todo el mundo resuelven que estos informes, si son secretos, no son admisibles como prueba y por lo tanto no permiten expulsar a una persona con ese fundamento.

2. El “alegato de oreja”

Hay una práctica procesal que con diferentes nombres y matices existe en algunos: en el nuestro se lo llama “el alegato de oreja”. Es algo que practica en mayor grado y con mayor libertad el abogado de la administración: puede ocurrir y ocurre que él hable privadamente al juez o al tribunal y le exponga alguna situación de hecho que no introduce como prueba en la litis, y puede ser que la situación de hecho sea lo suficientemente importante como para que el juez no pueda evitar tenerla presente al momento de juzgar (la dimensión política o económica del problema sus repercusiones para el gobierno o la opinión pública, etc.)

Para evitar este tipo de circunstancias porque desde luego, el alegato de oreja siempre es una distorsión a todo lo que se sabe del proceso, quizás quepa recordar las virtudes de la oralidad en el procedimiento, pues oralidad implica no solo inmediación, sino implica también publicidad y publicidad, implica control social; que la sociedad pueda ver en base a qué pruebas el tribunal resuelve qué cosas.

3. Pruebas inadmisibles

Otro punto de carácter general es el de la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas. Es conocido que las pruebas inconducentes, meramente dilatorias, etc., son inadmisibles; esto tiene mayor importancia en materia administrativa, donde con alguna frecuencia puede transformarse en un cierto prejuzgamiento, porque decir de una prueba que aún no se ha producido, que ella va a ser irrelevante, o inconducente, es tener una hipótesis formada sobre qué pruebas son las que van a servir para determinada solución del caso.

Si la hipótesis que tiene la parte es distinta de la hipótesis que está formulando el tribunal, la denegatoria de la producción de una prueba puede llegar a ser prejuzgamiento: por eso el criterio debe ser siempre amplio en la admisibilidad de las pruebas.

4. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona

Más complejo es lo atinente a las pruebas que se refieren a la privacidad de las personas, por ejemplo la salud. Lo referente a la salud generalmente se considera amparado en el principio de privacidad; en los tribunales administrativos internacionales suele haber una previsión estatutaria autorizando al tribunal a requerir este tipo de información para utilizarla *in camera*, sin incorporarla al expediente.

También se admite en Francia que el tribunal puede requerir a la administración que dé al requirente la información que ella tenga acerca de su salud, y queda librado a éste si la somete o no al tribunal.⁵⁹

⁵⁹ CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 4° ed., Montchrestien, Paris, 1993, ps. 612 y 621.



De todas maneras en la carrera policial y militar el estado de salud es un elemento fundamental tanto en el avance en la carrera como en los retiros, y es frecuente encontrar fallos que analizan la razonabilidad de las constancias médicas realizadas por la administración.

En estos y otros casos pareciera que el que se encuentra en tal condición no tiene más remedio que resignar su privacidad médica para poder acceder al juzgamiento. No es una solución satisfactoria pero no tiene otra salida que la publicación del fallo con iniciales y no con el nombre y apellido completo, una precaución que a veces ni siquiera la Corte Suprema ha tomado; la Cámara también ha sacado fallos con nombre y apellido de personas con SIDA, lo que pareciera una violación del derecho a la intimidad en la propia legislación específica vigente en la materia.⁶⁰

IV. MEDIOS DE PRUEBA

El principio siempre es el de la libertad para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales del tribunal.⁶¹

⁶⁰ Así la ley 23.798 de 1990, de prevención y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, establece en su artículo segundo que el sistema creado no puede “a) Afectar la dignidad de la persona; b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la nación argentina; e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada. El artículo 6 dispone que “Los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección.”; el artículo 8 establece: “Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.”

⁶¹ COLSON, Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, Paris, 1970, ps. 166 y s.

I. Prueba testimonial y de absolució de posiciones

A. De los funcionarios públicos

Otro tipo de prueba a mentar es la absolució de posiciones de la administraci3n cuando es admitida segun cada legislaci3n, y la declaraci3n testimonial de los funcionarios p3blicos. Hay una experiencia que tiene su fundamento en el recargo de tareas de los funcionarios de alta jerarquia, la defensa de su investidura, etc., que lleva normativamente a que una larga lista de autoridades p3blica no depongan personalmente sino por oficio.

Esta pr3ctica normativa es objetable pues en verdad y como seala la doctrina, en el juicio procesal administrativo no se est3 enjuiciando personas sino un acto. En verdad no se enjuicia al responsable, se nos enjuicia a la sociedad que responderemos por sus consecuencias daosas.

Ser3a de desear revertir ese anonimato y hacer que el responsable del acto por el cual se enjuicia la sociedad, por lo menos concurra al tribunal a declarar o absolver posiciones, para que no se d3 aquello de que a veces ni se entera de la sentencia, ni le importa: no le alcanza ni siquiera moralmente. Y esto es en casi todo el mundo igual.⁶²

B. De los particulares

La administraci3n, salvo en los expedientes de sumarios administrativos, especialmente de tipo disciplinario, es muy reticente a admitir llamar a declarar a un particular para que vaya a deponer como testigo. En un sumario si. En el resto de los expedientes no. En el 3mbito judicial no existe desde luego dificultad alguna en producir prueba testimonial con todas las garant3as del debido proceso.

⁶² Se ha dicho asi que "... el funcionario autor del acto ilegal, de hecho, no est3 jams inquieto personalmente. Cuando llegue la sancion, el habra probablemente dejado su puesto por uno m3s elevado. La decisi3n del Consejo de Estado no le alcanzará -si aún la llega a conocer; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él" CALON, Jean Paul, *Le Conseil d'Etat et la protection des libertés publiques*, Paris, 1980, p. 17, citado en GORDILLO, *Problemas del control de la administraci3n p3blica en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, p. 57 del punto 8 "La politica temporal del control jurisdiccional". El tema es antiguo y ya fue sealaado por HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tomo I, Paris, 1929, p. 649, transcripto en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2, capitulo XX, par3grafo n3 13.



C. Testigos expertos

También cabe mencionar el testigo experto, figura común en el derecho anglosajón, que aunque no lo sea tanto en el nuestro es igualmente admisible: es evidente que el testimonio de cualquier persona vale por la fuerza de convicción que ella tenga. Si la persona cuyo testimonio traemos es además un experto reconocido en aquello de lo cual testifica, obviamente su opinión tendrá más fuerza de convicción para el tribunal.

2. Pericias e informes técnicos

En esta materia se repite lo que ocurre con la prueba testimonial en sede administrativa y su inclusión en el expediente que luego será tenido en cuenta en el proceso.

A veces cuesta que la administración admita producir una pericia; esto se soluciona haciendo privadamente la pericia, aportando luego como prueba documental el informe del perito y ofreciéndolo a éste para que la administración lo llame y le haga cuantas preguntas, repreguntas, ampliaciones, aclaraciones, o incluso si quiere, volver a hacer la prueba pericial con control y participación de la administración.

3. Otros medios de prueba

A. Fotografías

Cabe admitir todos los medios de prueba y dentro de ellos cabe mentar las fotografías, que los abogados a veces no utilizan con suficiente intensidad.

La fotografía tiene una fuerza de convicción bastante importante, sobre todo si son fotografías numerosas, variadas, que permiten apreciar aquello que uno quiere describir y si el abogado se toma el trabajo de firmarlas al dorso, poner su fecha, declarar bajo juramento, como auxiliar de la justicia, que han sido tomadas en ese momento y lugar. Pueden tomarse más recaudos aún y hacerlas mediante un acta notarial por un escribano público, por fotógrafo profesional y con testigos. Estos requisitos son más necesarios a medida que el desarrollo tecnológico hace cada vez más accesibles los ya existentes modos técnicos de modificar una fotografía con una computadora; lo mismo es aplicable a otros medios de almacenamiento de datos que luego mencionaremos.

En el pasado reciente, cuando se incorporan suficientes fotografías de alguna cuestión debatida, la práctica es que ella no suele ser cuestionada y a lo sumo pasa a ser una cuestión no relevante para la conclusión del caso. Si *no* se aportó la prueba fotográfica, entonces sí, a la inversa, puede llegar a ser una cuestión relevante. Con el tiempo, pensamos que ya será indispensable rodear a esta prueba de mayores formalismos como los que venimos de explicar.

Lo mismo es aplicable al video, que es admisible como prueba, pero que conviene en todo caso acompañar de una desgrabación para facilitar su lectura y rodear igualmente de otros recaudos probatorios.

Un punto distinto con las fotografías y los videos es el referente a las tomadas a distancia, si violan o no la privacidad de las personas: sobre esto se aplica el principio de la inadmisibilidad de las pruebas ilegalmente obtenidas.

B. Fax, telex, etc.

También pueden ser admitidos como prueba los telex, faxes y demás correspondencia, pero por supuesto siempre que sea opuesta entre las partes. Si bien es medio de prueba admisible solamente entre las partes, ello es así en tanto ambas la mantengan en reserva: si una de ellas hace pública su correspondencia con otro, entonces la pueden invocar los terceros, porque ha dejado de ser privada; por la acción de uno de los dos ha pasado a ser pública y queda un problema entre las dos partes sobre si una pudo o no hacer pública tal correspondencia privada.

Los diskettes y discos rígidos de las computadoras también son admisibles como prueba, aunque a cualquiera es fácil recomendarle que lo desgrabe y aporte también como documento. Cabe admitir también el reconocimiento judicial, la inspección ocular, aunque en esto los tribunales son bastantes reticentes a su producción.⁶³

⁶³ Sin desconocer las dificultades prácticas que ello representa para todo tribunal, no puede dejar de expresarse que la verificación directa es una de las mejores formas de percepción de la realidad. Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver Binder y Bergman, *op. cit.*, ps. 94 a 98.



C. Prueba de informes

Sentis Melendo hace una distinción que es capital en materia administrativa, entre prueba de informes y de información. La prueba de informes admisible en el derecho procesal es aquella en la cual la administración o una institución privada informan sobre datos que ya son de su conocimiento y que los tienen en sus registros. Le preguntan algo, se fija en sus ficheros o carpetas y contesta según sus constancias.

Distinto es cuando se le pide una opinión, o que averigüe algo, o que haga alguna investigación y luego informe. Esto no es prueba de informes, es prueba de información. Esa prueba es inadmisibile porque sustrae su producción al contralor de la contraparte y del tribunal.

D. Grabaciones telefónicas

a. Telefonía común

También son admisibles las grabaciones telefónicas o personales, con algunas limitaciones. Las telefónicas son equiparables a la correspondencia: son privadas entre las partes; pero conviene también recordar que cuando uno escribe es más cuidadoso, cuando uno habla lo es menos, pero el otro puede estar grabando y es lícito a una de las partes en una conversación, grabar lo que la otra dice; es un punto opinable, pero prevalece la idea de que es lícito. Ahora, qué pasa cuando la persona con la cual yo hablo, me graba, luego tiene un problema conmigo y usa públicamente la grabación contra mí. ¿Esa información pasa al dominio público, la puede invocar cualquiera?

b. Telefonía celular

La cuestión de la telefonía celular es sustancialmente diferente. Hay fallos con sustento fáctico suficiente que concluyen que la comunicación por un teléfono celular, al transmitirse por las ondas que son del dominio público o la llamada banda ciudadana, no constituyen una comunicación privada sino pública. Se equipara a una transmisión radial. Y una persona que la tenga sintonizada, la puede grabar y la puede usar como prueba.

La otra es la grabación de una conversación personal. Esa prueba, si bien es una grabación, ignorada por el otro, es válida; no es una prueba ilegítimamente obtenida. Por lo tanto, si se está hablando con un funcionario público y con un grabador encendido en el bolsillo, lo que aquél diga se

puede usar como prueba. En un sumario, si están tomando declaración a un testigo y el sumariante se niega a dejar exacta constancia de lo que el testigo dice y las objeciones no las registran en el acta, es sencillo: llevar un grabador y luego controlar el texto del sumariante con la propia grabación.

c. Otros medios de prueba

No existiendo disposición alguna que limite expresamente los medios de prueba de que puede hacerse uso, entendemos que pueden emplearse otros medios accesibles a través de técnica antiguas o moderna: pruebas fonográficas⁶⁴ o magnetofónicas, fotográficas según ya vimos,⁶⁵ radiográficas,⁶⁶ floppy disks, disquettes rígidos, discos rígidos de computadora, discos laser o CD-ROMs, y todo lo demás que el desarrollo tecnológico produzca en el futuro. Pero hay que estar atento a las posibilidades técnicas y las inclinaciones o incluso comodidad material del tribunal: si se ofrece como prueba que el tribunal consulte a la Internet, o en Francia al Minitel, es probable que la decisión sobre la admisibilidad de la prueba le sea adversa.⁶⁷

También son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: prueba de gusto, de olfato, de tacto, de oído;⁶⁸ con todo, en estos casos es

⁶⁴ Al respecto, en el proceso civil, ver COLOMBO, Leonardo, *La prueba fonográfica de los hechos*, "La Ley", t. 51, p. 1152.

⁶⁵ Ver DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La fotografía como prueba en el juicio civil", *Jurisprudencia Argentina*, t. 23, p. 117. Algunos autores entienden que se trata de una prueba documental, por ejemplo, COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, t. II, 3ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 166; ver sin embargo ALSINA, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 392.

⁶⁶ Respecto de las placas de rayos "X" como evidencia, puede verse el trabajo de Charles C. Scott, en "*Michigan Law Review*", Ann Arbor, t. 44, n° 5, 1946, ps. 773 y ss.

⁶⁷ Así en Francia para el Minitel: CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 4ª ed., Montchrestien, Paris, 1993, p. 607.

⁶⁸ HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 311; ley austríaca, artículo 54; en el proceso ordinario ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1946, p. 74.



más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos;⁶⁹ o con la colaboración de peritos,⁷⁰ es decir, realizar la medida probatoria el órgano administrativo personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito.⁷¹ También puede combinarse la prueba pericial y la prueba de inspección ocular disponiendo que el órgano administrativo esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación a la prueba,⁷² sin sustituir al medio de prueba.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse no sólo sobre objetos inanimados, sino también -en ciertos casos- sobre personas y animales,⁷³ pudiendo consistir en una comparación, mediación, etc.; constituye un medio de prueba de cierto interés, en cuanto otorga mayor inmediación al procedimiento,⁷⁴ pero no existe una obligación legalmente establecida de soportar la inspección,⁷⁵ razón por la cual será siempre necesario el consentimiento de la persona afectada.

No procede en cambio la inspección ocular sobre archivos, cuando ella puede ser suplida eficazmente por informes o certificaciones.⁷⁶ El campo

⁶⁹ Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

⁷⁰ HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 311; ley austriaca, artículo 54.

⁷¹ En igual criterio, el artículo 479 del Código Procesal Civil y Comercial, expresa que el reconocimiento judicial (no se usó ahora la expresión "inspección ocular", por su reconocida limitación a un solo sentido), podrá ordenarse también con "la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto", inciso 2º).

⁷² HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 312.

⁷³ HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 312.

⁷⁴ Hellbling, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 311.

⁷⁵ Tampoco en el derecho austriaco: HELBLING, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1953, p. 312.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Política Administrativa, fallo del 2-8-67, transcrito en BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph, *Jurisprudencia de la Corte*

más propicio para la inspección ocular, en la práctica, suelen ser los casos de urbanismo y medio ambiente.⁷⁷

Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo,⁷⁸ pero si bien ello es lo usual no constituye una regla absoluta, ya que las partes pueden traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su conocimiento directo por el tribunal, cuando ello es materialmente posible.

V. GOBIERNO Y APRECIACION DE LA PRUEBA. TEORIA Y PRAXIS

1. En primera instancia judicial

Cuando el control judicial se realiza por jueces de primera instancia y existe recién después apelación ante un tribunal colegiado, es frecuente que siendo el personal del juzgado el que de hecho recibe la prueba, no haya mayores dificultades en su producción salvo el tiempo que todo el proceso insume. El exceso de trabajo de los jueces, que es una dramática realidad, no afecta el gobierno y producción de la *prueba*, sino en todo caso la emisión de la *sentencia*.

2. En instancia única colegiada

Distinta es la cuestión cuando la ley, en flagrante discriminación contra el particular que litiga contra la administración, le deniega la vía ordinaria y le otorga en cambio un recurso directo ante la cámara de apelaciones u otro tribunal colegiado de segunda instancia. Peor aún, ni qué decirlo, en aquellas jurisdicciones locales en que todos los juicios en materia procesal

Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, tomo III, *La actividad administrativa*, volumen 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, 1976, ps. 160 y 161.

⁷⁷ Tal es la opinión de CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op.cit.*, p. 614, quien agrega la expropiación.

⁷⁸ TENTOLINI, Ottorino, *La prova amministrativa*, Milán, 1950, p. 151.



administrativa deben llevarse exclusivamente al Superior Tribunal de la Provincia, que actúa en instancia colegiada y única.⁷⁹

En esos supuestos el tribunal colegiado es muchísimo más reticente a ordenar medios de prueba, y se requiere en la práctica que no solamente el particular alegue fundadamente que a pesar de proponerlos oportunamente no pudo producirlos en sede administrativa, sino que también convenza al tribunal que la prueba omitida podrá hacer caer las conclusiones del expediente administrativo, incluso en caso en que se le denegó la producción de *toda* prueba excepto la documental agregada en el traslado. Que haya ofrecido testigos, pedido informes, propuesto pericias, de nada le sirve si la administración no lo produce y la justicia en instancia única colegiada tampoco.

3. La importancia de la prueba privada en tales casos

De allí la importancia, que señalábamos más arriba, de producir privadamente la prueba e incorporarla al menos como prueba documental ofreciendo su ratificación por prueba testimonial o pericial: de ese modo, si no se produce la prueba testimonial o pericial, no puede desconocerse la documental sin incurrir en arbitrariedad de sentencia y palmaria indefensión.

4. El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única

Con la salvedad expuesta, suele ser tarea vana proponer prueba en una instancia judicial única y colegiada: lo más usual es que el tribunal prejuzgue sobre la prueba ofrecida y deniegue su producción, considerando que ella seguramente será insuficiente para hacerle cambiar de parecer respecto a las constancias del expediente administrativo.⁸⁰ Es

⁷⁹ Ver nuestra nota "Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires", en *La Ley*, "Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo", 4 de setiembre de 1995, p. 46.

⁸⁰ Un pormenorizado análisis en Tawil, op. cit., t. II, ps. 395 y ss., quien concluye que se niega "en la práctica, inclusive, el control fáctico mínimo que impone el principio de legalidad".

una cuestión de supervivencia del tribunal ante el exceso de trabajo, pero en esa lucha por la vida parece la justicia y el derecho del particular. “Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado”.⁸¹

5. Eficacia y admisibilidad de la prueba

En cualquier caso y más allá de comprender que el tribunal se encuentra sobrepasado en sus posibilidades materiales de hacer justicia, bueno es recordar el principio teórico que la práctica desmiente: “una cosa es la eficacia de la prueba y otra su admisibilidad”; “Hay pruebas que son admisibles.. y sin embargo son de eficacia relativa o remota”, pero esto “no es una condición previa que se debe exigir al medio propuesto para a que sea admitido”.⁸²

Del mismo modo puede recordarse que “los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio, la mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo*”.⁸³

⁸¹ LINARES, Juan Francisco, “Lo contencioso-administrativo en la justicia Nacional federal”, *La Ley*, t. 94 p. 929.

⁸² EISNER, *op cit.*, p 72.

⁸³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, REYES, Fallos, t. 244, p. 554. La bastardilla es nuestra. Ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. IX, ps. 27/8.

**EL REGIMEN DE LA PRUEBA EN EL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**



EL REGIMEN DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

**Por Isahel Boscán de Ruesta
Asesor Legal en Derecho Administrativo
en Petróleos de Venezuela (P.D.V.S.A.)**

I. LOS PRINCIPIOS BASICOS

I. El Derecho a Probar

Destacó el profesor Gordillo en la parte introductoria de su exposición los principios fundamentales del Régimen de la Prueba en el Contencioso-Administrativo, los cuales los encontramos presentes en el sistema venezolano. En primer término, debe señalarse que la determinación de los hechos en el contencioso-administrativo venezolano, sea este el de nulidad, el contractual o el de responsabilidad Administrativa, exige la producción de las pruebas que los acrediten. Es la conocida carga procesal que como tal implica el derecho correlativo a probar. En efecto, uno de los derechos fundamentales que el derecho procesal reconoce a toda persona que tiene interés para recurrir a un proceso es el de probar todos los hechos que alegue. De allí que la doctrina rechace cualquier restricción a este derecho y particularmente la tesis según la cual en el contencioso de nulidad es al juez al que le corresponde decidir si abre o no a pruebas el proceso y si practica o no determinadas pruebas.¹

2. El principio de la Unidad de la Prueba

Ahora bien, el régimen probatorio en el contencioso-administrativo venezolano es el mismo, salvo algunas peculiaridades, que el que rige en el proceso civil, por remisión expresa al Código de Procedimiento Civil que hace la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) que es el instrumento que establece las bases de ese contencioso.

1. (Cfr. Derecho Procesal Administrativo. Ediciones Rosaristas. Pág. 170)

Señala en efecto el artículo 107 de la mencionada ley, ubicado en la sección titulada *De las demandas contra la República* que: "las reglas del Código de Procedimiento Civil referentes a los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas, regirán en este procedimiento con las limitaciones establecidas en la ley", norma que se repite en la sección que regula el contencioso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares (art. 127).²

Puede afirmarse que esta regulación armoniza con lo que han destacado importantes juristas de que cuando existe un Código de Procedimiento Civil que contenga una regulación probatoria adecuada, sobra la regulación especial de la prueba en las leyes contencioso-administrativas. Que así como resulta inaceptable que se reparta la teoría general del proceso según la rama jurisdiccional a que se refiera, debe igualmente desecharse el concepto de prueba repartida entre la prueba penal, prueba civil, prueba laboral o prueba contencioso-administrativa, pues no se justifica hablar de prueba contencioso-administrativa sino de peculiaridades que en este contencioso presenten los medios probatorios regulados por la Ley Procesal Civil.³

De allí que tenga plena aplicación en Venezuela el principio de la *unidad de la prueba* que debe producirse en los distintos procesos, con la peculiaridad también destacada por el conferencista, de que una parte fundamental de la prueba, concretamente en el contencioso administrativo de nulidad, está ya producida o ha de ser producida en el procedimiento administrativo previo al judicial.

3. El Carácter de "Jurisdicción Revisora"

En efecto, el acervo probatorio que le corresponde examinar al juez contencioso administrativo está constituido por las pruebas promovidas y evacuadas por las partes durante el proceso más el llamado *expediente administrativo* que en nuestro derecho es solicitado por el propio juez de oficio, lo cual representa también una peculiaridad respecto del proceso civil regido básicamente por el principio dispositivo, matizado con los autos para mejor proveer que contempla el Código de Procedimiento Civil.⁴

2. S. 28-4-83. Revista de Derecho Público Nº 14 (R.D.P.); Págs. 178 y 179

3 (Cfr. Ob.cit. Pág. 169)

4. S. 25-3-80 R.D.P. Nº 2, P. 125-126; S. 21-2-83, R.D.P. Nº 9, P. 171-172; S. 28-4-83, R.D.P. Nº 14, P. 180.



En el Contencioso de Nulidad el expediente administrativo juega un rol fundamental en razón de la concepción "revisora" de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que prevalece en nuestro sistema. La ley no excluye la actividad probatoria en el Contencioso de Nulidad, pero ésta en la práctica queda bastante limitada debido al valor probatorio que se le reconoce al expediente administrativo.

De allí que el examen de las pruebas en el Contencioso Administrativo exija que se haga referencia a las pruebas en sede Administrativa, en vista de la incidencia que ellas tienen en éste.

II.

LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

El Expediente Administrativo, al cual se refirió el Profesor Gordillo, en el 2do. punto de su conferencia, tiene una incidencia fundamental en el Contencioso Administrativo de Nulidad tanto en lo que respecta al objeto de la prueba, como a los medios para desvirtuar la ilegalidad del acto y a la carga de la prueba.

El expediente administrativo es el resultado del Procedimiento Administrativo que en Venezuela está regido por los siguientes principios:

I. Apertura del Expediente Administrativo

Tanto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como otras leyes administrativas especiales, tales como la Ley de Carrera Administrativa, obligan a los órganos administrativos antes de tomar decisiones que requieran una cierta sustanciación, a abrir el respectivo expediente el cual debe recoger toda la tramitación a que dé lugar el asunto. Este, como lo ha señalado el profesor Gordillo en el contencioso de nulidad, la prueba central y a veces única que existe para resolver.

2. Carga de la Prueba en el Procedimiento Administrativo ⁵

En la formación del expediente administrativo, orientado a recoger los elementos que van a fundamentar el acto administrativo, la Administración cuenta, para la determinación de esos elementos, con amplios poderes

5. S. 2-12-80; 25-11-80, R.D.F. Nº 5, P. 139-142. S. 15-10-81; 7-7-81; R.D.F. Nº 8, P. 111-112-135-136. S. 9-12-82; 20-1-83, R.D.F. Nº 13, p. 110-111. S. 7-7-88, R.D.F. Nº 35, P. 90. S. 18-4-90, R.D.F. Nº 42, P. 90-91.

inquisitivos. Cuando se trata de procedimientos autorizatorios, lógicamente al particular interesado corresponde aportar los elementos que exigen la correspondiente decisión, lo cual no excluye la actuación inquisitivo de la administración. En los procedimientos sancionatorios o en aquellos en los cuales la administración dirime conflictos entre partes, la administración está obligada a notificar a los particulares cuyos derechos pudieran resultar afectados, y concederles plazos para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48 LOPA). La ley consagra el derecho de los particulares a examinar el expediente en cualquier estado o grado del procedimiento y copiar y pedir certificación de los documentos que requiera salvo los calificados como confidenciales (art. 59). De manera que en sede administrativa la actividad probatoria esta distribuida entre la Administración y los particulares: A estos, en los procedimientos autorizatorios les interesa llevar a la Administración los elementos en los cuales sustentan el derecho solicitado, y en los demás casos les interesa evitar que un acto administrativo que los afecte sea dictado en su fase constitutiva o confirmado en todas las fases en que pudiera dirimirse su impugnación. A la Administración por su parte, le interesa ejercer todas las potestades inquisitorias con que cuenta para establecer los hechos y su comprobación, indispensables para justificar su actuación y que la presunción de legalidad que el derecho reconoce a sus actos, no sea desvirtuada o destruida en sede jurisdiccional.

3. La Legalidad de la Prueba ⁶

La Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo, establece que los hechos que se consideren relevantes para la decisión pueden ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los códigos civiles, de procedimiento civil, de enjuiciamiento criminal o en otras leyes (art. 58), consagrando así el principio de legalidad de la prueba en el procedimiento administrativo en el sentido de que sólo pueden admitirse los medios de prueba establecidos en las leyes, pero con la particularidad de que basta con que cualquier ley establezca un medio de prueba, para que éste pueda ser utilizado en el procedimiento administrativo por la referencia que hace el mencionado artículo no sólo a los códigos civiles, de procedimiento civil y de enjuiciamiento criminal, sino también a "otras leyes". De allí que, por ejemplo, desde la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del

6. S. 1-7-80, R.D.F. Nº 3, P. 120. S. 29-6-81, R.D.F. Nº 6, P. 140-150. S. 20-6-85, R.D.F. Nº 23, P. 132-133



Patrimonio Público, podrían ser admitidas como medios de prueba en el Procedimiento Administrativo, las *grabaciones* y las fotografías por ser éstas admitidas como medios de prueba en los juicios regulados por esa ley.

Por otra parte, los medios de prueba en el Procedimiento Administrativo también experimentaron una gran ampliación desde la entrada en vigencia en 1987 del nuevo Código de Procedimiento Civil, por la remisión que como antes fue señalado, hace en la materia la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Hasta esa fecha, las únicas pruebas admisibles eran las contempladas en ese Código, el Civil y demás leyes vigentes. Pero resulta que el nuevo Código en su artículo 395 dispone que además es admisible cualquier otro medio de prueba no prohibida por la ley. Esta disposición amplía sustancialmente las formas de evidencia admisible tanto en el proceso civil como en el procedimiento administrativo y en el contencioso administrativo por la remisión que en la materia hace la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y sus resultados tienen que ser apreciados conforme a las llamadas reglas de sana crítica que obviamente no son otras que la lógica elemental.

En efecto, el régimen de apreciación de las pruebas consiste según el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil en la aplicación de las *reglas de sana crítica* salvo que respecto de una prueba en concreto exista regla legal expresa para valorar su mérito. Son ejemplo de estas reglas, las inhabilitaciones como testigo de ciertas personas (menores de 12 años, los sujetos a interdicción por causa de demencia, el magistrado en la causa en que esta conociendo, etc. arts. 477 y ss del C.P.C); la prohibición en materia civil de demostrar con testigos convenios de más de dos mil bolívares, o lo contrario de lo que consta en instrumentos públicos o privados, etc.

De manera que en el procedimiento administrativo son numerosos los medios de prueba para llevar los hechos a los autos. Si los medios utilizados tienen una regulación específica tanto en lo que respecta a su producción como a su apreciación, tales normas deben ser observadas para no afectar su validez.⁷ Si se trata de medios no regulados expresamente su utilización

7. S. 13-4-89, R.D.F. N° 38. P. 94-95

y apreciación no tendrían más límites que la aplicación de las reglas de la sana crítica y el respeto a los derechos constitucionales.

Son numerosos los casos en los cuales el juez contencioso administrativo ha anulado actos administrativos en razón de que la verificación de los hechos en que se basan ha sido realizada mediante pruebas producidas o apreciadas sin cumplir los requisitos legales que los regulan. Así por ejemplo, en materia de prueba de testigos, encontramos fallos que declaran la nulidad del acto recurrido por violación de las normas que regulan la mencionada prueba al haber efectuado la comprobación de los hechos discutidos con fundamento en declaraciones de los testigos que apreció de una manera vaga y ambigua, sin cumplir, en la apreciación de esos testimonios, con los requisitos legales aplicables, es decir, sin realizar el necesario análisis de cada una de esas declaraciones, y la concordancia entre sí y con las demás pruebas.⁸

III.

LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. El Principio de la Legalidad de la Prueba

Por la remisión que hace la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al Código de Procedimiento Civil, el sistema probatorio aplicable en el contencioso-administrativo es aquel que rige en el proceso civil con las limitaciones o particularidades que establece aquella ley. De allí que rige el principio de la legalidad de la prueba en el sentido anteriormente señalado de que los medios de prueba son los legalmente previstos, con la particularidad de la ampliación de los medios probatorios consagrados en el Código, de poder utilizar cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones.

2. La Carga de la Prueba⁹

No existe una norma expresa que determine a quien corresponde la carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Obviamente tal carga

8. S.11-6-87, R.D.F. Nº 31. P. 75-76

9. S. 4-3-80; 29-1-80, R.D.F. Nº 1. P. 140-142-150-151. S. 17-4-80; 18-3-80, 21-4-80; 25-3-80; R.D.F. Nº 2, P. 137-138-175-176. S. 10-6-80; 19-6-80, R.D.F. Nº 3, P. 130-131-164-165. S. 17-10-80, R.D.F. Nº 4, P. 157-158. S. 16-12-80; 27-1-81; 2-2-81; R.D.F. Nº 5 P. 143-146. S. 26-5-81; 24-9-81; 23-9-81, R.D.F. Nº 8, P. 111-112-134-136. S. 16-2-81; 17-12-81; 28-1-



dependerá del tipo de contencioso de que se trate. En el de responsabilidad se aplica el principio establecido en el Código Civil, conforme al cual cada parte debe probar el hecho que afirma (art. 506). De manera que el demandante debe probar no solamente el daño sufrido, sino también los hechos imputables a la Administración que lo causaron. Si el daño es debido, por ejemplo, a la falta o funcionamiento anormal del servicio que presta la Administración, tal hecho debe ser acreditado. No obstante, el criterio sobre la carga de la prueba de este último hecho ha venido evolucionando y la posición dominante tanto en la doctrina y en la jurisprudencia nacional y extranjera es que los usuarios no tienen que probar la falta o funcionamiento anormal del servicio, siendo suficiente acreditar la prueba del daño y la relación de causalidad entre éste y los hechos que lo causaron, correspondiendo a la Administración la carga de probar el buen funcionamiento del servicio.¹⁰ La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. (Pág. 327 y s.s). En el contencioso de nulidad, tercia una presunción de legalidad del acto que le confiere veracidad a los hechos en que se base. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que si bien la presunción de legalidad que se le reconoce al acto administrativo, hace que este se tenga como veraz y pueda ser ejecutado por su carácter de título ejecutivo, ello no implica que la Administración pueda prescindir de la prueba de los hechos en que se funde la decisión y que, en consecuencia, a ella le corresponde probar la legalidad del acto impugnado, sobre todo, si se tiene en cuenta que la prueba a tales efectos se encuentra generalmente en sus manos.¹¹ Por ello la ley faculta al juez para solicitar el expediente administrativo que como antes se indica, es el instrumento donde deben encontrarse los elementos de hecho y su comprobación que fundamentan la adopción del acto impugnado. Si la Administración no aporta el expediente administrativo al juicio, el acto es anulado por haber sido fundado en hechos no comprobados.

82; 26-11-81; R.D.F. Nº 9, P. 147; 176-178. S. 22-3-82; 22-4-82; R.D.F. Nº 10, P. 145-147. S. 1-2-83, R.D.F. Nº 13, P. 147-149. S. 26-5-83; 7-6-83; 16-6-83, R.D.F. Nº 15, P. 146-148. S. 1-2-83, R.D.F. Nº 16, P. 154. S. 25-4-85, R.D.F. Nº 22, P. 183. S. 3-7-85, R.D.F. Nº 24, P. 118. S. 3-3-88, R.D.F. Nº 34, P. 136. S. 19-1-89, R.D.F. Nº 37, P. 112. S. 14-8-89, R.D.F. Nº 39, P. 156-157. S. 31-1-90, R.D.F. Nº 41, P. 128-129. S. 19-7-90, R.D.F. Nº 43, P. 120-121. S. 29-11-90, R.D.F. Nº 44, P. 122-123. S. 12-11-91, R.D.F. Nº 48, P. 162-163

10. (Cfr. Luis A. Ortiz Álvarez. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Pág. 327 y s.s)
11. S. 25-2-81, R.D.F. Nº 6, P. 146-147. S. 26-11-81, R.D.F. Nº 9, P. 147. S. 6-10-83, R.D.F. Nº 16, P. 153-154. S. 11-4-85, R.D.F. Nº 22, P. 178. S. 17-12-91, R.D.F. Nº 48, P. 155. S. 5-11-92, R.D.F. Nº 50, P. 179. S. 27-10-87, R.D.F. Nº 32, P. 104, 105.

Al recurrente le incumbe la carga de desvirtuar la legalidad que se presume tiene el acto administrativo, y el alcance de ésta dependerá del vicio denunciado como veremos más adelante.

Por supuesto que existen hechos eximidos de prueba como son, entre otros, los hechos admitidos por las partes y los hechos notorios.¹²

3. El Objeto de la Prueba

Conforme lo establece la jurisprudencia, las pruebas susceptibles de sustentar la legalidad del acto administrativo impugnado, son aquellas que acrediten los hechos constitutivos del acto, y que se encuentren en el expediente administrativo, de manera que si no lo están, la prueba de ellos en sede judicial es ineficaz. No se trata, como lo advierte el profesor Gordillo, de que la administración "acierte" por intuición o clarividencia la prueba futura en sede jurisdiccional, sino que para decidir tiene que tener frente a sí todos los elementos de prueba sobre los cuales decidirá.

Asimismo, si al particular la administración le niega un derecho por no haber acreditado los hechos en que fundamentó su solicitud, la prueba de ellos en sede jurisdiccional también resulta ineficaz. De allí que no es la verdad objetivamente considerada la que puede ser el objeto de la prueba en el contencioso de nulidad, sino los hechos que conformaron la materia dilucidada en el procedimiento administrativo, por lo que la incidencia del expediente administrativo en la determinación de la prueba en el contencioso administrativo es fundamental.¹³ No se excluye, por supuesto, el alegato de ciertos vicios del acto que no necesariamente tendrían una consideración previa en el procedimiento administrativo, y la carga de la prueba depende de su naturaleza. Entre éstos podrían mencionarse, por ejemplo, el alegato de incompetencia del autor del acto; de la violación de la cosa juzgada administrativa, de la desviación de poder, los cuales son ventilables en el juicio de nulidad, aunque no hayan sido alegados en sede administrativa y la carga de la prueba para el recurrente, en algunos casos se cumple con el solo señalamiento del vicio (incompetencia por ejemplo) mientras que otros ameritan aportar pruebas concretas (por ejemplo, la violación de la cosa juzgada administrativa). Los fallos que sobre estas cuestiones han sido dictados, evidencian que el carácter revisor

12. S. 20-10-92, R.D.F. N° 52, P. 212-213.

13. S. 8-11-84, R.D.F. N° 20. P. 161-162



de la jurisdicción contencioso administrativo venezolano no tiene el rigorismo que otros sistemas han conocido.¹⁴ En cuanto a los actos adoptados con base en facultades discrecionales, tal como lo señaló el profesor Gordillo, las mismas se ejercitan a través de la percepción de hechos, que se realizan y evalúan a través de la prueba. Estos, en consecuencia, no escapan al control judicial que no sólo puede revisar su legalidad formal, sino también si la medida adoptada mantiene la debida proporcionalidad y adecuación con los fines de la norma. Igual situación acontece con los llamados conceptos jurídicos indeterminados.¹⁵

4. Los Poderes Inquisitivos del Juez Contencioso-Administrativo en Materia de Pruebas

Por otra parte, el acervo probatorio puede ser ampliado por orden del juez en ejercicio de potestades inquisitivas. En efecto, en nuestro sistema se le reconocen facultades inquisitorias al juez contencioso administrativo, concretamente la de solicitar en cualquier estado de la causa las informaciones y hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes, facultad prevista en el artículo 129 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual le confiere un ámbito de acción para la conducción del proceso más amplio que el que le otorga al juez el Código de Procedimiento Civil, mediante los citados autos para mejor proveer.

Es pertinente observar que, la jurisprudencia ha delimitado el alcance de estas facultades inquisitivas, señalando que si bien es cierto que el contencioso-administrativo venezolano no es un procedimiento estrictamente dispositivo pues admite elementos o poderes inquisitivos que la ley acuerda al Juez, estos poderes no llegan hasta el punto que el Juez pueda suplir de oficio alegatos o defensas de las partes. Que el objeto del litigio debe ser establecido por las partes, lo cual, cuando se trata de la impugnación de actos administrativos, obliga al recurrente a señalar los vicios del acto impugnado. Que este requisito no puede considerarse cumplido con el simple alegato de que se impugna al acto porque se considera ilegal o porque el demandante niegue que se hayan cumplido los requisitos que se exigen para su elaboración sin mencionar cuáles son esos requisitos. Que si bien no hay fórmulas sacramentales establecidas legalmente para formular los recursos de anulación de los actos

14. S. 4-12-80; 15-12-80, R.D.P. N° 5, P.143

15. S. 27-4-89, R.D.P. N° 38, P. 97-98. S. 20-10-92, R.D.P. N° 52, P. 212

administrativos, la nulidad sólo puede ser declarada con base en los vicios denunciados en sede administrativa. Quedan a salvo los alegatos sobre vicios de orden público, los cuales, conforme a reiterada jurisprudencia pueden ser apreciados de oficio por el Juez.

De allí que salvo lo que permitan estas potestades inquisitorias, el juez contencioso administrativo está sujeto al deber de congruencia aplicable en todos los contenciosos que, como bien se sabe, obliga al juez a atenerse a lo alegado y probado en autos, pero tiene potestades amplísimas para solicitar de oficio información y ordenar pruebas para la solución del litigio las cuales por supuesto deben estar relacionadas con las cuestiones controvertidas por las partes.¹⁶

5. El Expediente Administrativo y los Medios para su Impugnación¹⁷

Sobre la naturaleza y valor probatorio del expediente administrativo la propia jurisprudencia reconoce que su tratamiento no es uniforme; que a veces se le atribuye el carácter de documento público; otras, se le niega ese carácter y se le califica como documento administrativo como categoría contrapuesta o diferente del documento público. Existen numerosos fallos que establecen que los elementos que integran el expediente administrativo, constituidos por actuaciones de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, gozan de una presunción de veracidad que corresponde al querellante desvirtuar y que sólo si son impugnadas a través de los medios legales pertinentes requerirían de ratificación en sede jurisdiccional para surtir efecto probatorio.

En nuestra opinión, el documento administrativo es una categoría amplia que comprende toda actuación de los órganos administrativos, que se recogen en un instrumento escrito y cuyo valor probatorio y medios de

16. S. 1-2-84, RDPN° 17, P. 200-201. S. 18-3-80; 25-3-80; RDPN° 1, P. 151. S. 31-3-82, RDPN-10, P. 152-155. S. 25-10-82, RDPN° 12, P. 147-148. S. 6-12-82; 7-12-82, RDPN° 13, P. 151-132-135. S. 9-7-84, RDPN° 19, P. 117. S. 6-12-84; 22-11-84; 8-11-84, RDPN° 20, P. 163-185. S. 21-5-86; 8-5-86, RDPN° 26, P. 142-143.

17. S. 25-1-83, RDPN° 13, P. 149. S. 5-5-83; 20-6-83; 12-5-83; 16-6-83, RDPN° 15, P. 183-188. S. 19-1-84; 31-1-84, RDPN° 17, P. 201. S. 21-3-84, RDPN° 18, P. 160-161. S. 31-5-84; 3-5-84, RDPN° 19, P. 117-118-157. S. 9-8-84, RDPN° 20, P. 139. S. 14-3-85; 21-3-85; 27-3-85, RDPN° 22, P. 158-161-183. S. 21-5-85; 30-5-85, RDPN° 23, P. 160-161. S. 8-8-85; 7-11-85, RDPN° 26, P. 119-169-170. S. 19-12-85, RDPN° 25, P. 99-101. S. 2-6-88; 9-6-88; 30-6-88; RDPN° 35, P. 142-144. S. 25-8-88; 22-9-88, RDPN° 36, P. 70-119. S. 12-12-89, RDPN° 41, P. 118-119.



impugnación dependen de su contenido. Dentro de esta categoría amplia se ubicaría el documento público, como figura especialmente prevista en el artículo 1357 del Código Civil, con el alcance que le reconoce la ley y cuya impugnación sólo es posible mediante la tacha de falsedad.

Ahora bien, como lo han señalado algunas sentencias, los expedientes administrativos por lo general contienen actuaciones de diferente naturaleza tales como declaraciones de testigos, nombramiento de expertos, inspecciones oculares o documentos públicos en sentido estricto como un documento de venta registrado. Agregamos que también pueden contener documentos privados que aportan los particulares al expediente durante su sustanciación.¹⁸ De manera que cuando la jurisprudencia de una manera un tanto indiscriminada atribuye en bloque a los elementos que integran el expediente administrativo el carácter de documento público o de documento administrativo y que como tal hacen fe pública o que gozan de una presunción de legitimidad, en nuestra opinión se excede, precisamente por la distinta naturaleza que pueden tener cada uno de esos elementos.

Para que un expediente administrativo sea apreciable en sede judicial la jurisprudencia exige que cada uno de sus elementos estén certificados por el funcionario a quien la ley faculta para ello.¹⁹ En tal sentido esa certificación hace fe de que el expediente fue instruido o sustanciado como aparece en su integralidad y que los distintos elementos que lo conforman fueron producidos en los lugares y fechas que allí aparecen, y por tanto esa certificación hace fe pública, por lo que su tacha sólo tendría sentido si se alega que es falso que esa instrucción se hizo en la forma como fue certificada, porque, por ejemplo, los testigos cuyas declaraciones aparecen en el expediente, no rindieron tales declaraciones durante el procedimiento, o que una experticia no se aportó en la fecha allí indicada.

Pero si se trata de desvirtuar el mérito probatorio que la administración le asignó a cada uno de esos elementos, el medio de impugnación a utilizar depende de la naturaleza intrínseca de ellos.

Así por ejemplo, si el particular estima que de un testimonio rendido en sede administrativa no se desprenden las conclusiones que el acto

18. S. 1-7-80, RDPN° 3, F. 121

19. S. 5-4-84, RDPN° 18, F. 183-184

impugnado ha sacado, o que tal testimonio fue rendido sin cumplir las normas aplicables a esta prueba, al juez corresponde entrar en el examen de ese testimonio sin que por ese respecto al recurrente corresponde ninguna carga en particular diferente de la de la solicitud de analizarlo y que a esos efectos puede calificarse de impugnación de la prueba. Asimismo, si se trata de un documento registrado, a éste hay que reconocerle a todo efecto ese valor y respecto de ellos, la contraprueba tendrá las limitaciones del caso.

De manera que al expediente administrativo en bloque lo que hay que reconocerle es, como lo señaló el profesor Gordillo, el valor de documento público en su forma extrínseca, en el sentido de que hace fe de que los elementos que lo integran fueron producidos en la forma que allí aparece, lo cual autentica un funcionario con facultades para ellos, pero en cuanto a sus aspectos intrínsecos cada elemento que lo integra mantiene su individualidad y los medios para impugnarlos dependerán de la naturaleza que le es propia a cada uno de ellos. En otras palabras, el mérito probatorio que cada elemento del expediente tiene individualmente considerado, no deja de ser el que corresponde a su naturaleza. La posibilidad de contradicción de las pruebas en él contenidas se regula por las disposiciones del Código Civil y de las demás leyes respecto del mérito que tiene cada prueba, así como el que pueden tener confrontadas frente a otras.

6. La Oportunidad de la Prueba ²⁰

En lo que respecta al contencioso de nulidad de actos de efectos particulares, el artículo 123 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia faculta al juez para solicitar los antecedentes administrativos del caso, fijando un plazo prudencial a la autoridad administrativa correspondiente para la remisión del mismo. Igual facultad otorga al juez el artículo 78 de la Ley de Carrera Administrativa. Ahora bien, existen fallos que establecen que el expediente administrativo puede ser remitido en cualquier momento antes de terminar la relación y que el juez debe apreciar su contenido y que si es remitido después de informes pero ratificado en la segunda instancia, también es apreciable en esa instancia.

20. S. 21-4-80, RDP Nº 2, P. 126. S. 27-5-80, RDP Nº 3, P. 163. S. 2-2-82, RDP Nº 9, P. 147. S. 8-7-82, RDP Nº 11, P. 183-185. S. 7-10-82; 19-10-82, RDP Nº 12, P. 164-170. S. 1-3-84, RDP Nº 18, P. 188. S. 24-5-84, RDP Nº 19, P. 203-204. S. 7-7-87; 3-6-87, RDP Nº 31, P. 122-126. S. 28-9-87, RDP Nº 32, P. 103-104. S. 14-5-90, RDP Nº 43, P. 121-122. S. 23-7-92, RDP Nº 51, P. 202.



En nuestra opinión el expediente es apreciable si se aporta en la oportunidad en que el recurrente puede procesalmente impugnarlo, pues de lo contrario, se estaría cercenando el principio de la igualdad de las partes que conlleva el de la potestad de contradecir la prueba. Asimismo, si se aporta sólo en segunda instancia, este principio también resultaría vulnerado en razón de las limitaciones que en materia de pruebas existen en esta instancia, concretamente la prohibición de promover pruebas de testigos, lo cual merma las posibilidades del recurrente en caso de que con tal prueba pudiera desvirtuar alguno de los elementos del expediente administrativo. De manera que estimamos que el expediente administrativo debe llevarse a los autos desde que es requerido por el juez al notificarle a la Administración el recurso, hasta antes de que concluya el lapso de promoción de pruebas, para permitirle al recurrente promover las pruebas que puede requerir para impugnar dicho expediente.

En igual sentido cuando el juez contencioso-administrativo en ejercicio de las facultades inquisitivas con que cuenta ordena la evacuación de una prueba, debe tomar las previsiones necesarias para permitirle a las partes su contradicción.

7. La Admisibilidad de la Prueba ²¹

En cuanto a la admisibilidad de las pruebas, tiene plena aplicación los principios que rigen en el proceso civil conforme a los cuales, las pruebas que son inadmisibles son aquellas "manifiestamente ilegales o impertinentes", o sea, en las que aparezca sin lugar a dudas y con claridad, la impertinencia e ilegalidad de modo de que no sea necesario esfuerzo alguno que implique, aunque sea superficialmente, rozar las cuestiones de fondo. Por esta razón la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y perfectamente claros de ilegalidad e impertinencia.

8. La Prueba Secreta ²²

En lo que respecta a las pruebas reservadas o secretas, el conferencista al referirse a ellas, rechaza su validez como tal y considera que los Tribunales

21. S. 28-4-80; 29-4-80, RDP N° 22, P. 136-137-138-139. S. 13-5-80, RDP N° 3, P. 163. S. 2-1280, RDP N° 5, P. 139. S. 19-3-81, RDP N° 6, P. 173-174. S. 19-10-82; 2-11-82, RDP N° 12, P. 164-166. S. 14-4-83, RDP N° 14, P. 179. S. 2-6-83; 13-6-83, RDP N° 15. P. 178, 180. S. 18-3-85, RDP N° 22, P. 158

22. S. 14-4-83, RDP N° 14, P. 156-157

deben mantener firme el principio de que las pruebas secretas son inadmisibles en derecho. En Venezuela la Ley Orgánica de Administración Central consagra la facultades para la Administración de declarar confidencial algún instrumento y por tanto veda su acceso a los particulares. Sin embargo, otra novedad que contempla el vigente Código de Procedimiento Civil es la consagración de la llamada prueba de informes (art. 433) consistente en la posibilidad de solicitar de cualquier "oficina pública, bancos, asociaciones gerenciales, sociedades civiles o mercantiles de instituciones similares aunque éstas no sean parte en el juicio" informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan en instrumentos que tengan en su posesión, o copia de los mismos. Esta disposición, además de ampliar la conformación del material probatorio en cuanto implica la posibilidad de requerir a cualquier institución pública o privada tales informes o copia de documentos, incluye la novedad de que tales informes o copias no pueden ser rehusados "*invocando causa de reserva*". Conforme a ello, ningún instrumento podría ser sustraído de esta obligación, lo que modifica el régimen establecido en otras normas anteriores que por causa de *confidencialidad* excluía ciertos instrumentos de esta exhibición. En el lenguaje del legislador procesal no existe tal exclusión, pues la norma no deja otro derecho al requerido del tal informe que el de pedir una indemnización por los gastos en que pueda incurrir por ese motivo. No obstante es de señalar la existencia de fallos de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncian por la subsistencia de las normas que consagran la reserva, las cuales quedan a salvo en el contencioso administrativo por disposición de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Señala la Corte que esta ley condiciona la aplicación del Código de Procedimiento Civil en materia probatoria a que dicha ley no establezca una limitación, y es el caso que el artículo 91 permite la exhibición de documentos "sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes", por lo cual deja a salvo lo dispuesto en la Ley Orgánica de Administración Central que sólo permite la exhibición de documentos que por su naturaleza no fueren de carácter reservado.²³ Este criterio en nuestra opinión implica una distinción entre juicios regidos por el Código de Procedimiento Civil respecto de los cuales no existen pruebas secretas, ni siquiera respecto de documentos que se encuentren en oficinas públicas, y juicios regidos por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en los cuales si es permitida la prueba secreta.

23. S. 28-3-89, RDP Nº 38, P. 129-133



En nuestra opinión, debe prevalecer la norma del Código de Procedimiento Civil que es la que armoniza con el derecho al debido proceso y con el derecho a la defensa consagrados en la Constitución y el juez contencioso administrativo debería desaplicar la norma de la Ley Orgánica de la Administración Central por vulnerar tales derechos. La prueba secreta debe ser rechazada por inconstitucional. Sin embargo, en razón de tal posición jurisprudencial y de que la novedosa disposición del Código de Procedimiento Civil es una norma de las comúnmente calificadas como imperfectas en cuanto no contempla sanción para el supuesto de su incumplimiento, lamentablemente es de prever que en nuestro sistema se siga manteniendo dentro de él la discutible prueba secreta.

**EL REGIMEN DE LA PRUEBA EN EL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**



LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

**Por Belén Ramírez Landaeta
Presidente de la Fundación Estudios
de Derecho Administrativo**

Los presentes comentarios están referidos a los capítulos 4 y 5 de la ponencia *LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO* del Profesor Agustín Gordillo. Estos capítulos se titulan *Medios de Prueba y Gobierno y Apreciación de las pruebas*, respectivamente. Comenzaremos por el primero de ellos:

I. LOS MEDIOS DE PRUEBA

Señala la ponencia comentada que “el principio siempre es el de la libertad para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales del tribunal”. Este principio tiene también aplicación en el contencioso administrativo venezolano, en los términos que ahora precisaremos.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -Ley rectora de la materia- remite a las reglas del Código de Procedimiento Civil¹, en lo que concierne a los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas; esto, en cuanto le sean aplicables y salvo lo dispuesto en la mencionada ley. El Código de Procedimiento Civil vigente, por su parte, establece un sistema probatorio menos rígido que el anterior², permitiendo no solamente los medios de prueba que determina el Código Civil, el mismo Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, sino todos aque-

¹. Artículo 127, Aparte Único: «Las reglas del Código de Procedimiento Civil respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas, regirán en este procedimiento en cuanto sean aplicables y salvo lo dispuesto en esta Ley».

². Artículo 395: «Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la Ley, y que consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez».

llos no prohibidos expresamente por ellas y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones; todo ello con el fin de hacer el debate probatorio lo más amplio posible contribuyendo al esclarecimiento de la verdad y a la justicia de la decisión³. Se ha llegado a utilizar, refiriéndose a los medios de prueba libres permitidos en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, la expresión “inmensa gama de medios”⁴. De manera que todos aquellos medios probatorios examinados por el expositor, tales como la prueba de testigos, la confesión, la experticia, la inspección judicial, fotografías, fax, telex, grabaciones, telefonía celular, entre otras, tendrían aplicación en el contencioso administrativo, por no estar prohibidos por la ley, siendo algunos de ellos regulados en cuanto a su forma de producción y apreciación y otros entrarían dentro del campo de pruebas libres permitidas por el Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la promoción y evacuación de estos medios se hará aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil y, en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Cabe añadir, además, con respecto a lo que destaca el expositor, acerca de que el principio de la libertad de los medios de prueba está sujeto a las posibilidades materiales del tribunal, que algún autor comentando esta limitación ha señalado que, al no poder realizarla el tribunal, o bien se torna ilegal, o en otros casos es otro tipo de prueba el que debe proponerse. Para ello pone el caso de la inspección judicial submarina. Si el juez no la puede realizar, por no ser submarinista, debido a que los reconocimientos judiciales debe realizarlos el juez, por ser el examen imposible por parte de éste, la prueba se torna ilegal. De allí que, en todo caso, lo que debió promoverse era una experticia⁵.

En cuanto a las peculiaridades que algunos de los medios de prueba presentan en el contencioso administrativo, unas son de origen legal y otros son de origen jurisprudencial, sobre los cuales haremos una breve refe-

³. Cfr. Exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil.

⁴. Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Editorial Jurídica Alva, T. I - p. 414.

⁵. *Ibidem*. pp. 167 y ss.



rencia, teniendo en cuenta los planteamientos hechos en la ponencia que se comenta:

1. Prueba Testimonial y de absolución de posiciones

A. De los Funcionarios Públicos

La solución legal al problema planteado por el expositor acerca de la absolución de posiciones juradas por parte de la administración y de la deposición de los funcionarios públicos como testigos en juicio, se encuentra, en Venezuela, contemplada en los artículos 89 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con relación al primero de los medios de prueba señalados y 495 del Código de Procedimiento Civil, con relación al segundo.

De conformidad con la primera de las disposiciones legales aludidas ni las autoridades ni los representantes legales de la República, estarán obligados a absolver posiciones juradas ni a prestar juramento decisorio, pero contestarán por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo.

No obstante, la disposición legal comentada, si bien releva a las autoridades y representantes legales de la República de los deberes procesales del absolvente y de prestar juramento, ello no implica que se las excluya de confesión, lo que varía es el medio a través del cual se obtiene, pues la ley establece, a las autoridades, la obligación de dar contestación por escrito a las preguntas que le formule el promovente o el juez sobre los hechos de que tengan conocimiento personal y directo. Es decir, la forma de obtener la confesión, a través del mecanismo de absolver posiciones juradas, quedó sustituida por el cuestionario que deben responder en caso de que así le sea solicitado. En este sentido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció que: «...la prueba de Declaración Jurada promovida por la actora en contra del Rector resulta impertinente dado que **esta prueba, que sustituye a la de la confesión** a tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sólo puede versar sobre hechos y no sobre cuestiones de Derecho.» (subrayado de la comentarista).

La segunda de las disposiciones legales a que se ha hecho referencia, y que regula la prueba testimonial, está informada por una filosofía análoga exceptuándose de la obligación de comparecer en juicio, si su testimonio fuere requerido, al Presidente de la República o quien hiciera sus veces; los Ministros, los Senadores y Diputados al Congreso de la República durante el período de su inmunidad, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Gobernadores de Estados, de Territorios Federales y del Distrito Federal, los Arzobispos titulares de Arquidiócesis y los integrantes del Alto Mando Militar. No obstante las partes podrán pedir que las personas exceptuadas contesten por oficio o escrito dirigido al Tribunal, los puntos del interrogatorio y las preguntas escritas que presentare la parte promovente, o que rindan su declaración ante el tribunal constituido en la morada del testigo, debiendo entonces éste responder a las preguntas verbales que le haga la otra parte. Esta disposición legal no eximen a los funcionarios públicos de la obligación de rendir testimonio pero sí de comparecer ante el tribunal.

La opinión del expositor respecto de esta práctica, es decir de que las autoridades no depongan personalmente sino por oficio, es que la misma es objetable, pues en el juicio procesal administrativo no se enjuicia a personas sino a actos. No compartimos la opinión señalada y creemos que el hecho que se pretende traer a los autos puede también lograrse por el medio previsto en las leyes sin que necesariamente deba concurrir la autoridad de que se trate al tribunal, a menos que ésta así lo desee pues lo que se contempla en la Ley no es una prohibición, sino que se le libera de la obligación de concurrir personalmente al tribunal mas no de la de rendir testimonio. Distinto es el caso de los Jefes de Misiones Diplomáticas y de aquellos empleados que gocen de extraterritorialidad, caso en el cual no están obligados a testificar y, si lo hacen, es de manera espontánea en cuyo caso se libraré una rogatoria a estos efectos según la disposición del Código de Procedimiento Civil a que se ha hecho referencia.

No obstante lo dicho, conviene advertir que, en lo referente al testimonio de los funcionarios públicos, nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido que «la manifestación de voluntad en que consiste el acto administrativo proviene necesariamente de una o más personas, cuyo interés en las resultas del juicio en que dicho acto se cuestione es indiscutible.



Ese interés suscita dudas sobre la imparcialidad del funcionario que, citado como testigo, se vea forzado a declarar en relación con hechos en los cuales podría estar comprometida su responsabilidad... Por lo tanto, mediando esta circunstancia, no sería lógico que se cite a un funcionario para que declare como testigo sobre hechos que le conciernen, en un juicio donde en el fondo se discuta la legalidad de su actuación, tanto más cuanto que, por definición, testigo es quien depone en causa ajena sobre hechos apreciables por los sentidos» (Sentencia de fecha 18-2-71. G.O. No 1.472 Extraordinaria 11-6-71, pág. 8).

B. De los Particulares

Con respecto a estos medios de prueba rigen las normas del procedimiento ordinario, contenidas en el Libro Segundo, Capítulo VIII del Código de Procedimiento Civil. Así, en el caso específico de la prueba de testigos, la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 21-11-85 (caso Alfredo Landa S. Vs. la República: Ministerio de la Defensa) señaló que «en materia de juicio contencioso-administrativo de anulación no hay regla expresa que contrarie o descarte la aplicación de las disposiciones procesales en materia de pruebas, pues, al contrario se mandan observar «en cuanto sean aplicables»... y que «las reglas sobre evaluación de pruebas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y referidas específicamente a la testifical son aplicables a los juicios de anulación de actos administrativos de efectos particulares» (Revista de Derecho Público No 24, páginas 166 y 167).

La Prueba de Testigos, no es de las admisibles en Segunda Instancia en el juicio contencioso administrativo de conformidad con el artículo 164 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

C. Testigos expertos

Con respecto a este medio de prueba hay que decir que se plantean interrogantes en la doctrina⁶ en el sentido de que podría pensarse que al estar la prueba de testigos perfectamente regulada en nuestra legislación, así como también la experticia no es posible considerar el caso del testigo experto. También se plantea que no se debe admitir una prueba mixta.

⁶ Vid. Cabrera Romero Jesús Eduardo, *Op. Cit.* T. II nota (148) y Aguilar Gorrondona José Luis. *RDDFN° 2. Editorial Jurídica Alva, Caracas - 1993.* pp. 211-213

Ahora bien, la solución que se ha dado a tales planteamientos deriva de la misma ley⁷. El mismo artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, ya citado, establece en forma clara que “son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República”. Ahora bien, además del principio de la libertad de la prueba contemplado en el primer aparte de ese artículo nos encontramos con que existe una ley de la República que contempla este medio probatorio, a saber, el artículo 135 ordinal 5º de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas el cual establece que: “La comisión de un delito y la culpabilidad del sujeto quedaran establecidas o comprobadas con los medios siguientes”:...5º “Con la declaración de peritos expertos o facultativos, apreciándose el testimonio de estos como testigos calificados”. No creemos que esta prueba se circunscriba solamente al caso de la Ley orgánica a que acabamos de referirnos dada la redacción de la norma del Código de Procedimiento Civil que establece cuales son los medios de prueba admisibles. En cuanto a su promoción y evacuación creemos que debe regirse por las normas establecidas para la promoción y evacuación de la prueba testimonial, mientras que en su apreciación tiene esta el valor de la experticia en el sentido de que será siempre el testimonio de un experto el que tendrá delante el juez que puede constituir prueba de aquellos hechos que también podrían probarse a través de una experticia, a diferencia de lo que ocurre con los testigos, que solo deponen acerca de hechos que presenciaron sin necesidad de que posean conocimientos técnicos especializados acerca de los hechos sobre los cuales han de rendir su declaración. Por último se ha de advertir, que quienes difieren de esta posición consideran que no es posible hacer derivar de la norma comentada la figura del testigo experto en el derecho venezolano.

2. La Experticia

La experticia es un medio de prueba idóneo para traer al conocimiento del juez⁸, hechos cuya comprobación requieren conocimientos especiales, las conclusiones del experto no obligan al Juez, quien la valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Debe referirse con exclusividad a hechos y no a interpretaciones de textos o documentos.

⁷. Aguilar Gorrondona, José Luis, *Op. Cit.* p. 212.

⁸. Artículo 1427 del Código Civil.



«El régimen común de la experticia está previsto tanto en el Código Civil como en el de Procedimiento Civil. En el primero se consagra como un medio probatorio, calificándose su naturaleza y finalidad (Art. 1422 del Código Civil) se determina luego el número de expertos, la manera de nombrarlos; la forma en que deben rendir su dictamen, los casos en que procede practicarla de oficio, y finalmente el criterio para valorar su fuerza probatoria (Arts. 1423 a 1427). El segundo cuerpo de leyes fija las normas relativas al procedimiento probatorio propiamente dicho, esto es regula los variados momentos del trámite procesal de la experticia (Arts. 452 a 471 del Código de Procedimiento Civil vigente)»⁹

3. La prueba documental

Apartando la problemática que plantea el expediente administrativo en el contencioso de nulidad ya examinado en la intervención anterior, en términos generales no existen limitaciones para proponer este medio de prueba en el contencioso administrativo, tratándose de documentos privados, públicos o administrativos y su producción, valoración y medio de impugnación de la parte a que se opone depende de la naturaleza del mismo y las limitaciones establecidas en la ley.

4. Otros medios de prueba

A. Fotografías

El capítulo IX del Título II, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, titulado «De las reproducciones, copias y experimentos», contempla la fotografía como medio probatorio, también se encuentra previsto otro de los medios probatorios a que alude el expositor: el vídeo. Dos de los artículos contenidos en el referido capítulo, contemplan la posibilidad de servirse de ellos en juicio. La primera de estas disposiciones legales es el artículo 502 que en tal sentido dispone:

«El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, o instrumentos, procedimientos mecánicos».

También el artículo 503, autoriza el uso la fotografía y la cinematografía como un medio para obtener la reproducción de los hechos, en los siguientes términos:

⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 11 de febrero de 1988. *Gaceta Forense* N° 139, Vol. II, 3ª etapa p. 1115.

«Para comprobar que un hechos se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designarán al efecto».

Con respecto a estos medios probatorios habrá que distinguir de las evacuadas en juicio, en virtud de estas dos disposiciones legales, en las que habrán intervenido los auxiliares de justicia y el mismo Juez, de las que traen las partes a los autos. Una y otra tendrán un valor diferente. Ambas constituyen un medio que habrá de ilustrar al juez al momento de la decisión pero, en principio, las segundas sólo tendrían el valor de indicio.

En cuanto al video, al cual se refiere específicamente la ponencia que se comenta, y al que pueden aplicarse también los principios anteriores, es un medio de prueba al que cada día se acude con mayor frecuencia y que posee una fuerza para ilustrar al Juez mucho más importante que la de la fotografía, no sólo porque puede percibirse por dos sentidos (la vista y el oído) en lugar de uno (la vista, en el caso de la fotografía), sino también por que es más amplio y pueden recogerse en él, mayor número de hechos.

En reciente sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de mayo de 1995, la Sala sostuvo lo siguiente: «Conforme a lo previsto por el parte único del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, en el caso de autos y formando parte del expediente administrativo, el Consejo de la Judicatura, a petición reiterada de la recurrente, ha incorporado a dicho expediente, un novedoso medio probatorio, la video-grabación, que no sólo da cuenta por sí misma de lo ocurrido en el momento en que se celebró el concurso cuya validez se impugna, sino que guarda relación y concordia con las demás pruebas traídas por la recurrente, en especial con las testimoniales promovidas y evacuadas por la parte actora, no contradichas por la representación de la República, y que la Sala aprecia y valora en su totalidad, en atención a las reglas de la sana crítica»¹⁰.

¹⁰. En Oscar Pierre Tapia, Repertorio Mensual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Mayo 1995. Año 22, p. 162.



B. Fax, Telex y demás Medios de Correspondencia, los Disquetes y los Discos Rígidos de Computadoras

Se afirma en el texto de la ponencia comentada que los telex, faxes¹¹ y demás medios de correspondencia son medios de prueba admisibles siempre que sean opuestos entre las partes, en el caso de que estas se mantengan en reserva, en tanto si una de ellas las hace públicas, entonces las pueden invocar terceros por haber dejado de ser privadas y haber pasado al dominio público, quedando entre las partes el problema de si una podía o no hacer pública aquella correspondencia. Idénticos principios cabe aplicar en el contencioso administrativo venezolano. En efecto, ellos están recogidos en forma idéntica a la señalada por el expositor principal en los artículos 1371 al 1373 del Código Civil que recoge el derecho a la privacidad de la correspondencia, consagrado en la propia Constitución, cuyo artículo 63 establece lo siguiente:

«La Correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes de conformidad con la Ley».

El Código Civil¹² señala que la fuerza probatoria de las cartas misivas producidas en juicio, se determina por las reglas establecidas en la ley respecto de los instrumentos privados y del principio de prueba por escrito; pero carecerán de valor las que no estén firmadas por las personas a quien se atribuyan, salvo que hubieren sido escritas de su puño y letra, y remitidas a su destino.

Así mismo está regulado en forma expresa -en el Código Civil- el telegrama¹³, el cual hace fe como instrumento privado, cuando el original lleva la firma de la persona designada en él como remitente, o cuando se pue-

¹¹. "El telefax es un tipo de facsímil que transmite la información a través de la línea telefónica, se le ha denominado llamada telefónica por escrito y aquí produce un registro tangible del mensaje recibido por la terminal receptora de una línea telefónica. ... el telefax es una forma de correspondencia, donde queda constancia escrita de la comunicación entre dos personas, una especie de correo instantáneo y a través de una línea telefónica..." (Villafranca Rayza M. *La Eficacia Probatoria del Telefax*, en *RDIP* N° 1, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1992)

¹². Art. 1374.

¹³. Artículos 1375 y 1376.

ba que el original se ha entregado o ha hecho entregar en la Oficina Telegráfica en nombre de la misma persona, aunque esta no haya firmado siempre que la escritura sea autógrafa.

Respecto de los otros medios de prueba señalados -fax, disquetes y discos rígidos de computadoras- constituyen pruebas libres a los cuales se les aplicarán por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contempladas en el Código Civil. De allí que al fax, considerado como medio de correspondencia, deben serle aplicadas las normas señaladas anteriormente, es decir, las contenidas en los artículos 1371 a 1374 del Código Civil y por pertenecer al género de documento le serán aplicables las normas relativas al género documental, así, cuando es firmado o manuscrito podrá serle opuesto a la parte para su reconocimiento¹⁴.

En cuanto a los disquetes y discos rígidos de computadoras, no es usual -en los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa venezolana- la práctica de promoverlos como un medio de correspondencia, su producción en esta jurisdicción está fundamentalmente localizada en el contencioso electoral donde se consignan disquetes contentivos de registros electorales, que luego serán verificados en los archivos del Consejo Supremo Electoral, es decir se utiliza para traer a juicio registros de la Administración, se trataría por tanto prueba de informes contemplada en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil¹⁵ y no uno de aquellos medios de correspondencia a que se viene haciendo referencia. En la práctica, la promoción de esta prueba, no ha generado los problemas que plantea la doctrina.¹⁶

¹⁴. Vid. En tal sentido, Villafranca Rayza. *Op. cit.*, p. 215 y ss.

¹⁵. Artículo 433: "Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros u otros papales que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones Gremiales, Sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal a solicitud de parte requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos.

Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el Juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante".

¹⁶. Vid. Cabrera Romero Jesús Eduardo. *Op. Cit.* T. II, pp. 74 y ss.



C. La Prueba de Informes

En relación a la prueba de informes, señala el expositor que Sentis Melendo hace una distinción que es capital en materia administrativa entre prueba de informes y de información. La de informes vendría a ser aquella que en el derecho venezolano se conoce con el mismo nombre y que se encuentra regulada en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil y que tiene por objeto que la administración o una institución privada informen sobre los hechos litigiosos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se encuentren en esas oficinas. La información sería, en cambio, la que denomina la Ley Orgánica de la Administración Central, “certificaciones de mera relación”, que es aquella que tiene por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en los expedientes archivados o en curso o de aquellos asuntos que hubiera presenciado con motivo de sus funciones. Estas últimas serían en el caso de Venezuela pruebas ilegales puesto que la señalada Ley Orgánica de la Administración Central prohíbe la expedición de certificaciones de mera relación.

D. Grabaciones Telefónicas: Telefonía Común y Telefonía Celular

Plantea el expositor comentado en relación con esta prueba, que siendo la misma admisible y equiparándose a la correspondencia ¿Qué pasa cuando alguien que ha grabado la conversación la hace del dominio público?. Parte el expositor de la premisa que es lícito grabar la conversación telefónica.

Con respecto a ello en el derecho venezolano nos encontramos con que, por una parte, la privacidad de las conversaciones está expresamente reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico venezolano. Además de lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución al que antes nos hemos referido, existen diversas regulaciones en este sentido. Así, el Reglamento de Servicio Telefónico señala que: “La CANTV salvaguardará en cuanto le sea posible, el secreto de las comunicaciones, procurará evitar el cruzamiento de líneas, y prohibirá a sus trabajadores que se impongan de las conversaciones de los abonados”. Igualmente en el ámbito internacional la Ley aprobatoria del Convenio Internacional de Telecomunicaciones reconoce por una parte a la telecomunicación el carácter de medio de

correspondencia¹⁷ y garantiza su secreto.¹⁸ Por otra parte tenemos que el artículo 1374 del Código Civil, aplicable por regular un medio de prueba análogo a esta prueba libre, señala que el Juez desestimará las pruebas que hayan sido presentadas en contravención de la Ley, sin perjuicio de los derechos por violación al secreto debido a la correspondencia.

De ello se concluye, que la repuesta en el caso venezolano a la pregunta planteada por el expositor, sería que sólo es posible la grabación lícita de las conversaciones en los casos que la Ley lo autorice y guardando el secreto de lo doméstico y privado tal como lo establece la Constitución y que la violación del secreto de la conversación da origen a responsabilidades por parte de quien incurrió en la violación del secreto de la conversación telefónica.

Parecidas consideraciones cabe hacer respecto de la telefonía celular, no compartimos las apreciaciones del expositor acerca de que el teléfono celular transmite por ondas que son del dominio público y por esa razón las comunicaciones a través de este medio no constituyen una conversación privada sino pública. En nuestro derecho, el artículo 108 del Reglamento de Radio Comunicaciones, establece que: "No se permite el establecimiento de emisoras privadas de radio comunicación entre dos o más lugares donde existan oficinas telegráficas, radiográficas, o cualquier otro medio de comunicación dependiente del Estado, abierto a la correspondencia pública". Ello sólo es suficiente para ilustrar que existe un reconocimiento a la privacidad de la comunicación y que lo que se busca es su protección.

a. Otros Medios de Prueba

Se hace referencia aquí a todos los medios que la tecnología ha producido ya (pruebas fonográficas o magnetofónicas, fotografías, radiografías, Floppy Disk, CD-ROMS) y aquellos que produzca en el futuro. En cuanto a los primeros, están ya muchos regulados en la legislación venezolana, tal es el caso de las grabaciones, como técnica auxiliar para la documentación¹⁹, las radiografías, radioscopias, análisis hematológicos y

¹⁷. Artículos 18 y 22.

¹⁸. Artículo 22.

¹⁹. Artículo 189 del Código de Procedimiento Civil.



bacteriológicos y cualesquiera de carácter científico²⁰. En cuanto a otros medios, mencionados por el Profesor Gordillo en su ponencia, caerían en el campo de las pruebas libres, aplicándose los principios que para ellos se contemplan en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil ya comentados.

También alude la ponencia dentro del título "otros Medios de Prueba" a la inspección ocular o prueba de reconocimiento la cual en nuestro ordenamiento jurídico tiene carácter subsidiario, este carácter se deriva del artículo 1428 del Código Civil, por tanto, sólo procede cuando no se pueda o no sea fácil acreditar un hecho de otra manera diferente o cuando existe dificultad para ello. En todo caso, las limitaciones anteriores son relativas y no absolutas. En este sentido la Sala de Casación Civil, en sentencia del 13 de mayo de 1987, dejó establecido lo siguiente: «Cabe advertir que el anterior pronunciamiento del sentenciador es contrario a la doctrina sustentada por la Sala, en la que se establece que el Artículo 1428 del Código de Procedimiento Civil que prohíbe la inspección ocular cuando su objeto puede ser traído a los autos por otro medio, ha sido instituido para evitar recargo innecesario de trabajo al Juez, pero que si éste la practica es su deber apreciarla»²¹.

Cuando se trate de inspecciones oculares sobre documentos administrativos cabe observar lo siguiente: conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia «podrá acordarse inspección ocular sobre determinados planos o documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, si hay constancia de que la prueba que de ellos pretenda deducirse no puede traerse de otro modo a los autos».

La norma faculta al Tribunal para acordar la inspección ocular siempre y cuando exista constancia que la prueba que de ella pretenda deducirse no puede traerse de otro modo a los autos, consagrando así el reiterado criterio de la jurisprudencia del máximo Tribunal antes citado que ha señalado que la prueba de inspección ocular no es procedente cuando se promueve para obtener el traslado de documentos que reposan en el archivo de determinadas oficinas públicas, pues tales documentos constituyen

²⁰. Artículo 504 del Código de Procedimiento Civil.

²¹. *Gaceta Forense* Nº 136, Vol. II, 2^{do} Trimestre, 3^{era} etapa, p. 1369.

prueba por escrito y pueden ser traídos al proceso por los medios y la forma establecida por la ley; de manera que sólo si estos medios y forma establecidos en la ley se agotan sin que se obtenga la prueba que se requiere, lo cual debe comprobar el promovente, es que habrá lugar a la admisión de la inspección ocular.

II.
GOBIERNO Y APRECIACIÓN DE LA PRUEBA.
TEORIA Y PRAXIS

Trata la ponencia comentada, bajo este título, en primer lugar, las variantes que se plantean en materia probatoria según se trate de la primera instancia judicial o de una instancia única colegiada. En Venezuela no sería totalmente aplicable lo sostenido allí, debido a que la instancia única colegiada -en su caso la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-, cuentan ambas con un Juzgado de Sustanciación autónomo que es quien admite y ejerce el gobierno de la prueba, tocando sólo a la instancia colegiada la apreciación de las mismas en la definitiva.

**LAS PARTES EN EL PROCESO,
TERCEROS INTERVINIENTES,
COADYUVANTES**



**LAS PARTES EN EL PROCESO,
TERCEROS INTERVINIENTES, COADYUVANTES (*)**

por
Jesús González Pérez
Catedrático de Derecho Administrativo. Madrid

**I.
INTRODUCCION**

I. Las partes en el proceso administrativo.

El proceso se nos manifiesta como un complejo de actividades de dos tipos de sujetos: unos, que discuten acerca de la conformidad de una pretensión con el Ordenamiento jurídico; otros, que deciden acerca de esa conformidad, y, en consecuencia, actúan o se niegan a actuar la pretensión deducida. Tales sujetos son las partes del proceso. Su concepto se elabora en relación con el de pretensión procesal. Son partes procesales aquella que formula y aquella frente a quien se formula la pretensión objeto del proceso. Con ello se prescinde del juego de intereses que en las partes deben concurrir y de toda referencia a la relación jurídico-material que haya podido dar lugar a la pretensión ¹.

La doctrina tradicional sobre el contencioso-administrativo puso en tela de juicio la existencia en el proceso administrativo de auténticas partes. Manejando concepciones extraprocesales, se negaba el carácter de parte, tanto al particular demandante como a la Administración que acude al proceso a defender el acto o disposición, cuya anulación se pretende.

(*) LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
LJ: Ley de la jurisdicción contencioso-administrativo de 17 de diciembre de 1956.
LRJPA: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
ROF: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

¹ Se mantiene así la posición de Jaime GUASP, que acepté desde mis primeros trabajos sobre el proceso administrativo. Cfr., p.ej. *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, 1985, P. 105.

Respecto del primero —se decía—, porque obra procesalmente en interés público; respecto de la segunda, porque la posición de parcialidad asumida por la Administración en el proceso administrativo es puramente formal, ya que la imparcialidad del Estado se refleja también en los órganos administrativos. Tales objeciones olvidan uno de los postulados esenciales del Estado de Derecho: que en el Estado existen órganos, que adoptan distintas posiciones ante el Derecho, de tal modo que mientras a través de los órganos jurisdiccionales decide si una pretensión es o no conforme a Derecho, a través de los administrativos trata de satisfacer el interés público. Pues bien, si aun partiendo de tales concepciones es posible ver la existencia en el proceso administrativo de dos auténticas partes procesales, con mayor razón se llegará a la misma conclusión desde el concepto de parte en función de la pretensión, porque en el proceso administrativo, como tal proceso, también se deduce una pretensión de una parte frente a otra. En consecuencia, en el proceso administrativo, al igual que en los demás procesos, se da la existencia de partes procesales.

No obstante, muchos años la doctrina administrativa tradicional distinguió rígidamente los dos tipos de contenciosos: el de plena jurisdicción y el de anulación. Y así como en el primero no dudaba en admitir la existencia de parte demandante y demandada, en el segundo se negaba pudiera hablarse de parte demandada, pues el "recurso de anulación", daba lugar a un proceso seguido contra un acto y no contra una persona jurídica. Pero esta concepción tradicional fue definitivamente superada y acabó por prevalecer la buena doctrina de que también en el contencioso de anulación, por ser un proceso, existe una parte demandada.²

2 Sobre el problema, BRISEÑO, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1978, p. 257. "Cuando el particular demanda la anulación de un acto —dice CARRASCO— la parte demandada será la autoridad que ha dictado el acto". En *Es importante la jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá*, Francia, 1978, p.92. No obstante, todavía se mantiene la distinción en alguna legislación, como la de la Provincia Argentina de Santa Fé, cuyo Código de lo contencioso administrativo dice que "la Administración no es parte en el recurso de ilegitimidad" (art. 57). DANA MONTAÑO, *El nuevo Código de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Fé*, Santa Fé, 1951, pp. 13030; BIELSA, *Sobre lo contencioso administrativo*, 3ª ed., Santa Fé, 1964, pp. 179 y ss.; MORA OCEJO, "La acción en el proceso administrativo", en la obra colectiva *Derecho procesal administrativo* Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, pp. 120 y ss. Una completa referencia al problema, en PEREIRA DA SIZVA, *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esbozo de una teoría subjetivista dos recurso directo de anulasao*, Coimbra, 1989, en especial pp. 135 y ss.



2. Régimen jurídico de las partes.

Los ordenamientos jurídicos iberoamericanos del proceso administrativo no contienen una completa regulación de las partes. Presuponiendo las reglamentaciones del proceso civil, se limitan a regular aquellas peculiaridades que ofrecen en el ámbito de este orden jurisdiccional.

La consideración de las partes en su unidad, se traduce en el examen de las cuestiones siguientes: capacidad para ser parte y capacidad procesal; legitimación activa y pasiva; representación y defensa, y la presencia y ausencia en el proceso.

Al estudiar en los apartados siguientes los distintos tipos de partes que se dan en el proceso administrativo, se hará una referencia detenida al tema de la legitimación. En esta introducción, me limitaré a exponer las especialidades más acusadas que ofrece la regulación de las partes en el proceso administrativo.

3. Capacidad para ser parte y capacidad procesal.

A. Idea general.

La capacidad es uno de los conceptos generales que el Derecho procesal se limita a admitir y aplicar en el ámbito procesal. Su régimen vendrá regulado en la legislación material correspondiente, según la naturaleza jurídica de las personas: si son públicas, en el Derecho administrativo (y en su caso en el constitucional); si son privadas, en el Derecho civil o mercantil, en general, y, en su caso, en el Derecho administrativo (v.gr. asociaciones).

La capacidad para ser parte es la proyección en la esfera procesal de la capacidad jurídica. Y la capacidad procesal una proyección de la capacidad de obrar.

En uno y otro aspecto, constituye un requisito procesal, sujeto al régimen general de los presupuestos procesales, y, por tanto, en aplicación del principio antiformalista que informa —o debe informar— el ordenamiento jurídico procesal administrativo, ha de admitirse la subsanación de los defectos susceptibles de ello de que adolezca una actuación procesal. De los distintos aspectos que plantea la subsanación de los defectos en la

capacidad procesal, interesa destacar uno, que, al menos en la práctica española, ha dado lugar a soluciones contrarias a las exigencias de la tutela judicial efectiva. Es el siguiente: cuando para acreditar que la persona física concreta es aquella a la que corresponde actuar en nombre de la persona jurídica, o que se han cumplido los requisitos exigidos (v.gr. acuerdo de un órgano colegiado), o que el representante de una persona física incapaz ha cumplido ciertos presupuestos, se suele distinguir entre:

- la subsanación de los defectos de que pudiera adolecer el cumplimiento del requisito.
- la subsanación de la falta de presentación del documento acreditativo del cumplimiento del requisito.

Ningún problema ha planteado la subsanación de la falta de presentación del documento. Pero no ocurre así respecto de la subsanación del cumplimiento del requisito: existe una tendencia que no se puede calificar de excepcional, que niega la posibilidad de subsanación, al menos si tiene lugar una vez transcurrido el plazo para iniciar el proceso administrativo.

Estimo que esta solución es contraria al principio de la tutela judicial efectiva, y, en aplicación de éste debe admitirse la subsanación de todo defecto susceptible de ello.

B. Capacidad para ser parte

La capacidad para ser parte va unida a la condición de persona. Son partes las personas, físicas o jurídicas. Será, por tanto, parte procesal, no la Administración pública abstractamente considerada, sino cada una de las entidades públicas que integran la Administración, como el Estado — Estado federal o Estados miembros—, las Provincias, los Municipios y las Entidades institucionales.

Algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos, sin embargo, atribuyen la condición de parte, no a la persona jurídica con capacidad procesal, sino al órgano de ella a la que sea imputable la actuación frente a la que se formula la pretensión procesal y se considera legitimado al "titular de la dependencia o entidad". En un proceso administrativo solo será parte la entidad pública, la persona. Otra cosa es el órgano con competencia, en su caso, para relacionarse con el Asesor que asuma la defensa y



representación de la concreta Administración pública que sea parte, a fin de facilitar la defensa, con la aportación de datos y documentos necesarios para ello.

C. Capacidad procesal

Se aplican las normas generales de la legislación civil. No obstante, como en Derecho administrativo pueden reconocerse derechos subjetivos a quienes no tienen capacidad de obrar según el Derecho civil, parece necesario hacer una salvedad y atribuir capacidad procesal, como lo hacen la ley española (art. 27) y la legislación procesal administrativa de algunos Estados iberoamericanos, como el Código de la Provincia Argentina de Mendoza (art. 13), a "los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio esté permitido por el ordenamiento jurídico administrativo sin asistencia de la persona que ejerza la patria potestad o tutela" ³.

4. Representación y defensa de las partes

Se ha discutido la conveniencia de exigir que la comparecencia de las partes se haga a través de técnicos de Derecho. Aunque el reconocimiento a la parte legitimadora de la facultad de comparecer directamente parece facilitar el acceso a la Justicia, lo cierto es que, dada la complejidad de los temas, una defensa adecuada sólo es posible con la existencia de técnicos de Derecho. Por lo que en algún Ordenamiento se prevé el establecimiento en los órganos con jurisdicción en materia administrativa de servicios de asistencia gratuita que asesoren y auxilien a los administrados que acuden en defensa de sus derechos e intereses legítimos ⁴. La eficacia del sistema

³ Lo que es general es la legislación mejicana sobre proceso administrativo, tanto federal como de los Estados. Cfr. p.ej., LUCERO ESPINOSA, *Teoría y práctica del contencioso-administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1992, p. 64 y ss.; y GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal administrativo mexicano*, México, 1988, pp. 120 y ss.; OVALLE, *Estudios de Derecho procesal*, México, 1981, p. 367 y ss. Pero no es exclusivo de las legislaciones mexicanas. Cfr. GONZALEZ PEREZ, *La Justicia administrativa en Costa Rica*, San José de Costa Rica, 1974, pp. 48 y ss.

Se delimitan los conceptos en VILLAGRA MAFFIODO, *Principios de Derecho administrativo*, Asunción, 1981, pp. 376 y ss.; DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, p. 68.

⁴ GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal administrativo mexicano*, cit., pp. 130, 391, 607.

dependerá de la organización de los Servicios y de la idoneidad y preparación de los funcionarios que los integren. Parece que el mejor de los sistemas es exigir la asistencia de técnicos de Derecho, facilitando a los que carezcan de medios económicos la defensa gratuita, a través de las Asociaciones y Colegios profesionales, a los que se consagrará partida suficiente de los presupuestos del Estado para remunerar los servicios de los Abogados que asuman estas funciones. Que es el que se ha adoptado en Derecho español.

5. El problema de la rebeldía en el proceso administrativo

Si en líneas generales no existe razón alguna para no aplicar la legislación procesal civil se ha planteado el problema de la admisibilidad de la posición de rebeldía respecto de la Administración pública demandada cuando, como ocurre en el ordenamiento español, respecto del Estado, los representantes y defensores forman parte de un Cuerpo de funcionarios y están adscritos a tales funciones en cada uno de los órganos jurídicos.

II.

EL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

1. El Ministerio público como parte en el proceso administrativo

Tradicionalmente, la intervención del Ministerio público en el proceso administrativo, ha constituido uno de los temas que han ocupado un lugar preferente en la doctrina española.

Una correcta exposición del tema obliga a distinguir perfectamente la defensa de la Administración pública y la defensa de la legalidad en el proceso administrativo. Que son cosas distintas, que no pueden confundirse.

El hecho de que, por razones de interés público, se invista a los actos administrativos de una presunción de legalidad, no quiere decir que la defensa de ese acto en el proceso pueda calificarse de defensa de la legalidad.



La presunción de legalidad no es más que una ficción con que se pretende justificar la ejecutoriedad o ejecutividad que se postula de todos los actos administrativos. Pero en la estructura del Estado de Derecho, en la construcción que hace posible la sumisión del Estado al Derecho, la Administración pública aparece como una entidad o serie de entidades sujetas al Derecho, que tratan de realizar determinados intereses. Todo lo públicos que se quiera, todo lo prevalentes que se considere necesario. Pero intereses que se realizan dentro del marco del Ordenamiento jurídico y en la medida en que se confiere su realización por norma con rango de Ley.

En la realización de esos fines las entidades administrativas pueden actuar en contravención del Ordenamiento jurídico a que están sometidas. Y, justamente, el proceso administrativo es la institución a la que se encomienda verificar la conformidad o disconformidad de los actos de la Administración con el Ordenamiento, y, en su caso, la anulación total o parcial de los mismos.

La configuración del proceso postula ineludiblemente la presencia de la Administración pública autora del acto como parte procesal, como parte titular de un interés, público por supuesto, que postula el mantenimiento o anulación del acto ⁵.

Hoy parece ya incuestionable que no debe ser el Ministerio público el que asuma la defensa de la Administración pública, aunque todavía existan restos de viejas y superadas concepciones.

Pero se plantea el problema de la intervención desde perspectivas muy distintas.

En efecto, ante la inhibición de las víctimas de la Administración y la desigualdad de las partes en el proceso administrativo, ante las dificultades y obstáculos que encuentra el administrado para obtener una eficaz tutela judicial, se ha pensado en la conveniencia de la intervención de un sujeto

5 GONZALEZ PEREZ, "El fiscal, defensor de la legalidad administrativa", en *Ciclo de conferencias en conmemoración del Cincuentenario del Ministerio fiscal*, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1978, pp. 54 y ss.

cualificado, como sería el ombudsman o figura análoga ⁶. Por mi parte, he defendido que, en lugar de acudir a figuras extrañas, podía atribuirse al Ministerio público funciones de defensa de la legalidad y, en su caso, del administrado.

No se trata de que intervenga en el proceso administrativo por vía de informe o dictamen. Porque no necesita el órgano jurisdiccional de un sujeto cualificado que emite informe o dictamen acerca de la conformidad o disconformidad del acto impugnado con el Ordenamiento jurídico. Su intervención debe adoptar otras modalidades, bien en el momento de la iniciación del proceso o ulteriormente en procesos no incoados a su instancia.

En el Ordenamiento venezolano, de acuerdo con el artículo 218 de la Constitución, el Fiscal General de la República tiene por misión velar por la exacta observancia de la Constitución y las leyes, y según el artículo 220, 1º tiene a su cargo velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales. De aquí que se haya destacado su papel en los juicios contencioso-administrativos, particularmente en los que se ventilen cuestiones de ilegalidad e inconstitucionalidad, si bien interviene por vía de informe o dictamen (arts. 116 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), habiéndose propuesto una modificación profunda, que potencie su intervención ⁷.

2. El Ministerio público y la iniciación del proceso administrativo.

Un Estado de Derecho, un Estado para el que el derecho no sea algo accidental y secundario, sino la razón fundamental de su existencia, no puede ser indiferente ante los actos de sus agentes administrativos que contravienen el ordenamiento jurídico.

6 Sobre el problema, me remito a mi trabajo "Nuevos sistemas de control de la Administración pública", en la Ob. cit. *Justicia administrativa*, Universidad de Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1981, pp. 98 y s. Vid., también, GONZALEZ-VARAS, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Ed. Civitas, 1993, pp. 368 y ss, y *Problemas actuales de la jurisdicción contencioso administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 220 y ss.

7 BREWER-CARIAS; *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, p. 175.



Por eso no es, no puede ser, suficiente con que instaure una institución procesal para atender las pretensiones de los administrados que consideran lesionados por aquellos actos sus derechos o simple intereses legítimos. Deben arbitrarse sistemas de control suficientemente eficaces para borrar de la realidad aquellos actos que, de una u otra forma, infrinjan el derecho a que están sometidos.

El proceso constituye, sin género alguno de dudas, el más perfecto de los instrumentos ideados para mantener el imperio del Derecho en las relaciones entre los hombres y entre éstos y los entes administrativos.

Pero si únicamente se reconoce legitimación para poner en marcha el mecanismo procesal a aquel administrado que ha sufrido un determinado perjuicio por el acto ilegal o al propio ente público (en el supuesto de lesividad), el instrumento procesal se quedará en el camino.

Pues es un hecho incuestionable la "inhibición de las víctimas de la Administración ante el proceso administrativo", inhibición que no tiene efecto cuando el administrado dispone de otros medios de control de más fácil acceso, menos complicados y de inferior o nulo coste. No se trata de fomentar el proceso administrativo que, como todos los procesos, es un remedio al que sólo ha de acudir cuando no existan otros instrumentos más simples y de menor coste, sino de que no permanezcan sin reparar injusticias e ilegalidades por defectos del sistema.

Aquí surge el Ministerio público. Lo que para un sector muy importante de la doctrina de todos los países conduce a abandonar el contencioso tradicional, o a crear paralelamente a éste otras vías de control extrañas, a nosotros nos lleva a reforzar el proceso administrativo, dando al Ministerio público una intervención decidida en el mismo.

El particular, el administrado, en los supuestos en que por experimentar lesión en sus derechos e intereses, puede ser demandante, debe permitírsele asimismo — aun cuando carezca de los requisitos de legitimación —, en lugar de la demanda, la simple denuncia — de igual manera a como en el proceso penal puede ser querellante o denunciante —, la denuncia ante el Ministerio público, para que sea éste, previas las comprobaciones oportunas, el que actúe como demandante.

El Código colombiano (art. 127) reconoce al Ministerio público legitimación para incoar cualquiera de las acciones que consagra el Código, "cuando las circunstancias lo ameriten", y en el artículo 87 específicamente para deducir prestaciones sobre nulidad referentes a contratos.

En algunos ordenamientos que admiten al contencioso administrativo de interpretación, se reconoce legitimación al Ministerio público para incoar el proceso. Así, el artículo 253 de la Constitución panameña de 1.946.

Elementales razones de seguridad jurídica exigen limitar en el tiempo esta posibilidad de accionar frente a las ilegalidades administrativas. Es obvio que, para que el sistema pueda operar, resulta inadmisibles la aplicación de los plazos generales que prevé el ordenamiento jurídico para agotar en su caso los recursos administrativos previos e incoar el proceso administrativo. Pero tampoco puede reconocerse al Ministerio público la facultad para iniciar la vía procesal sin límite de tiempo. A tal efecto, existen en nuestros Ordenamientos, o, al menos en buen número de ellos, precedentes que permitan estructurar una regulación adecuada en la que se coordinen ambos principios. Creemos que ha de establecerse esta elemental distinción:

A. Actos nulos de pleno derecho.

En los supuestos de nulidad no ha de existir límite alguno para incoar el procedimiento administrativo dirigido a la declaración de nulidad, salvo los derivados de la aplicación de principios como el de equidad y buena fe.

B. Actos que infrinjan el Ordenamiento jurídico.

Cuando el motivo determinante de la revisión no sea de los catalogados como de nulidad de pleno derecho, el límite para poner en marcha los procedimientos de revisión puede ser el de cuatro años, que es el que suele establecerse en algunos Ordenamientos, como el español, para incoar el procedimiento administrativo dirigido a anular los actos administrativos que infrinjan manifiestamente la ley o para la declaración de lesividad previa a la incoación del proceso de lesividad (art. 56, IJ).



3. El Ministerio público en los procesos administrativos no incoados a su instancia.

En aquellos procesos que no fueron incoados por el Ministerio público como demandante ¿qué intervención puede tener?

Como se ha señalado, no parece compatible su actuación generalizada por vía de informe con una correcta estructuración del proceso administrativo. Sentado este principio, cabe señalar las siguientes funciones fundamentales:

A. El mantenimiento del proceso administrativo.

En el proceso administrativo están siempre presentes el interés público y el interés de la legalidad. Interés público, que rectamente entendido no supone, como frecuentemente se pretende, el mantenimiento a ultranza de los actos de la Administración, sino la prevalencia del Derecho. Un acto administrativo que atenta contra el Ordenamiento jurídico constituye un estado patológico que debe desaparecer. Esta es la razón de que, dentro del procedimiento administrativo, el desistimiento no suponga automáticamente su terminación, sino que, según el artículo 91, LRJPA, "si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y seguirá el procedimiento" (apartado 2 de este artículo).

No existe razón alguna para que, dentro del proceso administrativo, no se aplique regla análoga, confiando la decisión acerca de la procedencia de continuar el proceso, no a la Administración que interpretará el interés público general a su manera, sino justamente a aquel órgano al que, por Ministerio de la ley, tiene confiada la defensa de la legalidad: al Ministerio público.

Existe, además, otra razón que justifica esta intervención del Ministerio público en un supuesto concreto: el de la acción pública. No es infrecuente utilizar esta acción, configurada en defensa de la legalidad administrativa, para algo muy distinto: la obtención de una compensación económica por el que incurrió en la transgresión jurídico-administrativa. Obtenida la compensación, se desiste de la acción, termina el proceso y queda sin sanción la ilegalidad. Así, COSCULLUELA, afirma: "Esta figura, próxima

al chantaje, no produce ningún beneficio al interés general si el actor tiene éxito en sus intenciones, ya que su objetivo no es la culminación del proceso y la obtención de una sentencia anulatoria. Al no existir un Fiscal o defensor público del interés general, la simple interpretación del recurso no garantiza la feliz conclusión del proceso, dando pie a ese tipo de actuaciones de los particulares".⁸

Por estas razones, para evitar la inhibición tardía de la víctima de la Administración, para evitar los efectos de un desistimiento forzado por las posibles coacciones o, sencillamente, por el desaliento ante un procedimiento interminable, para que el profesional de la acción pública no consiga sus fines fraudulentos, en una palabra, para defender la legalidad administrativa, debe darse la intervención del Ministerio público en todo desistimiento.

Presentado ante el órgano jurisdiccional el escrito de desistimiento, debe oírse al Ministerio público. Y sólo si éste considera que no existen razones para mantener la pretensión, procederá a dictar el auto declarando terminado el procedimiento. Así se ha establecido en algunos anteproyectos de reforma de la Ley española de 1956.

B. La regular tramitación del procedimiento.

Cuando se afirma que la Administración pública no es un litigante correcto se hace después de verificar la serie de obstáculos, trabas, dificultades y trampas procesales que debe sortear quien demanda justicia frente a un acto administrativo. Lo que hace del control jurisdiccional una batalla demasiado ardua contra un sujeto que no quiere en absoluto dejarse controlar.

Este es un fenómeno universal. Y, justamente, este alegato ocupa un lugar preferente en la línea de argumentos de los defensores de los sistemas extraños de control.

Si este retorno a la intervención del Ministerio público en el proceso administrativo la estamos preconizando, entre otras razones, como defensa del sistema, es incuestionable que su misión debe ser decisiva en defensa de una correcta tramitación del proceso administrativo. Allí donde exista una irregularidad en la tramitación como consecuencia de la conducta de



los agentes de la Administración, debe actuar el Ministerio público para remediar la impotencia del particular, para lograr que el proceso se desenvuelva por los cauces formales, e incluso para promover la pertinente actuación de los jueces penales.

C. La interposición de los recursos extraordinarios en interés de la ley.

Dictada sentencia en un proceso administrativo, decidida por unos jueces la conformidad o disconformidad del acto de la Administración con el ordenamiento jurídico, parece no tener sentido la intervención del Ministerio público como recurrente, salvo en los supuestos en que se arbitre un recurso en interés de la ley. Sin embargo, la ley española únicamente reconoce legitimación, aparte de las Corporaciones y entidades públicas, al Abogado del Estado.

En los demás supuestos, deben ser las partes del proceso en que recayó la sentencia las que han de decidir acerca de la procedencia de interponer los recursos ordinarios.

D. El control de la ejecución de las sentencias.

Y llegamos a una última faceta de la intervención del Ministerio público, que sin duda, podría ser definitiva para acabar con lo que en casi todos los Ordenamientos constituye el más grave de los defectos de los procesos en que es condenada la Administración pública: la ejecución de las sentencias.

La ejecución de las sentencias pone de manifiesto la fragilidad de la justicia administrativa, pues cuando llega el momento de ejecutar el mandato de la sentencia condenatoria de la Administración se comprueba que esto sólo se consigue cuando el político de turno así lo permite.

En esta situación es imperiosa la necesidad de dar entrada al Ministerio público. El administrado es impotente para luchar contra ese monstruo de poder que es la Administración y lograr que cumpla los fallos condenatorios. Sólo una decidida acción del Ministerio público, ejerciendo todas las facultades y potestades de que está investido, podrá lograr que las sentencias se lleven a puro y debido efecto.

III. DEMANDANTE

1. El demandante en el proceso administrativo.

El demandante es la persona que inicia el proceso, la que acude al juez en demanda de Justicia, la que formula la pretensión.

En el proceso administrativo, como consecuencia de las prerrogativas de autotutela de que gozan las Administraciones públicas, por lo general será demandante una persona distinta del ente público al que sea imputable el acto o actuación frente a los que se demande Justicia, bien sea un particular o bien una entidad pública. Pero en algunos Ordenamientos jurídicos iberoamericanos, por influencia de la tradición española, se prevé la posibilidad de que sea demandante la propia entidad pública de la que dimana el acto, cuando le está vedado el ejercicio de la autotutela para privarle de efectos, por derivar de él situaciones jurídicas subjetivas.

Los distintos tipos de partes vienen dados en función de la legitimación, es decir, por la posición en que se encuentren las partes respecto de la pretensión procesal que constituya el objeto del proceso.

A estos efectos puede distinguirse entre legitimación directa e indirecta.

2. Legitimación directa

A. La legitimación como requisito de admisibilidad para que el órgano jurisdiccional examine la pretensión.

Se ha puesto en tela de juicio la legitimación como requisito procesal, llegándose a negarle trascendencia práctica y a decir que era "risible" ⁸. En el ámbito del proceso administrativo se ha llegado a negar razón de ser a la exigencia de una cierta relación entre el demandante y la pretensión

8. COSCULLUELA, "Acción pública en materia urbanística", en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, p. 57.

9. Así, SATTÀ, *Interesse e legittimazione*, en "Foro italiano", 1954, IV, 177.



para que el juez pueda examinar ésta en cuanto al fondo en los términos más duros. "Quizás —se ha dicho— dentro de algunos años los estudiosos del Derecho administrativo lean con asombro y como formando parte de su historia, la jurisprudencia actual sobre legitimación, y puedan hacer de ella un juicio estremecedor: ¿Qué tiempos aquéllos en que resultaba preciso derrochar paciencia e ingenio para aclarar un concepto tan inútil como el de interés directo?"¹⁰.

Parece, sin embargo, que tiene sentido evitar la posibilidad de que pueda ponerse en marcha la complicada y costosa máquina procesal por quien carezca en absoluto de interés, para áquel que ningún beneficio obtendría de una sentencia estimatoria de la pretensión, salvo en aquellos supuestos en que, por exigencias del interés general, se prevea la acción pública. Aunque lo cierto es que la exigencia de la legitimación no supondrá por sí solo impedir el nacimiento de un proceso. Porque la apreciación de si se da o no el requisito legitimador tiene lugar dentro de un proceso existente. Podrá evitar la continuación del proceso cuando se aprecie en un trámite de admisión inicial; pero no el proceso. Y el trámite inicial puede obligar a unos tribunales sobrecargados de trabajo a dedicar su atención al examen de la cuestión procesal, con la consiguiente demora, por un trámite inútil muchas veces, cuando se acabe decidiendo que se cumplía el requisito declarándose admisible la pretensión, o remitiendo al momento de la sentencia la decisión sobre la admisibilidad por imposibilidad del examen previo de la cuestión procesal al estar íntimamente vinculada a la de fondo.

Ahora bien, existen distintos grados en la legitimación¹¹. La aptitud para iniciar un proceso concreto dependerá del contenido de la pretensión.

B. Titularidad de la situación jurídica subjetiva.

Si la pretensión procesal se formula en relación con una situación jurídica subjetiva, la legitimación vendrá dada en función de la titularidad de ésta.

10 NIETO, "La discutible supervivencia del interés directo", *REDA*, n° 12, p. 39. Una referencia general al tema, en GONZÁLEZ PÉREZ, en "Nuevos sistemas de control de la Administración pública", en la ob. col. *Justicia administrativa*, Ediciones UNSTA, Tucumán, 1981, pp. 78 y ss.

11 Lo ha destacado especialmente CASSAGNE, en "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso-administrativo" en *El Derecho*, Tomo 119, 1983, n° 6606, pp. 1 y ss.

Estará legitimado el titular del derecho subjetivo, según la fórmula tradicional.

Habrà que partir, por tanto, de la relación jurídica material litigiosa, de la relación jurídica que subyace. Esta relación jurídica puede darse:

- Entre la Administración pública y el demandante.
- Entre el demandante y otro particular, habiendo incidido en ella la Administración.

Tanto en uno como en otro supuesto, es incuestionable la legitimación para incoar el proceso de aquel titular de la relación al que se le niega, no se le reconoce, se modifica en su perjuicio o se le declara extinguida una facultad, y aquel al que se le impone una obligación, deber o carga que no tiene por qué soportar.

Es indudable que la cuestión de fondo será decidir si con arreglo al ordenamiento jurídico, existe efectivamente el derecho o facultad no reconocidos, o la obligación o carga impuesta. El aspecto procesal de la legitimación puede plantearse así: dando por supuesto que, efectivamente, esté fundada la pretensión ¿es precisamente el demandante, la persona a que debe reconocerse el derecho o eximirle de la obligación?

C. Interés individual.

Los Ordenamientos jurídicos, al establecer la legitimación para decidir una pretensión de anulación suelen exigir la titularidad de un interés al que se añaden calificativos diversos. Los más frecuentes son los de "personal, legítimo y directo", como el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia venezolana. Por lo pronto, una precisión: la titularidad de un interés no legitima, o mejor, no debe legitimar tan solo, para deducir una pretensión limitada a la declaración de nulidad o anulación del acto frente al que se deduce la pretensión, sino que legitima para demandar del tribunal la anulación y la adopción de cuantas medidas y providencias fueren necesarias para la plena satisfacción del interés, condenando a la Administración pública a su ejecución y realización. Sólo así puede hablarse de tutela judicial efectiva.



Hecha esta precisión, creo que los ordenamientos jurídicos deben huir de cualquier calificación del interés que debe concurrir en el demandante para poder demandar del Tribunal la sentencia declarativa o de condena que sea necesaria para su plena satisfacción. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia. Cuando ésta es progresiva y congruente con la función que los Tribunales del orden contencioso-administrativo, tienen constitucionalmente confiada, por mucho que la ley matice y califique el interés, acaba reconociendo que la legitimación existe siempre que el éxito de la pretensión represente para el demandante un beneficio de cualquier índole, sea moral o material. Como lo ponen de manifiesto la jurisprudencia española y la venezolana.

En España, la LJ reconoce legitimación para "demandar la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración a los que tuvieren interés directo en ello" (art. 28.1.a). Deliberadamente, huyeron los redactores de las precisiones técnicas entonces de moda y que habían dado lugar a una copiosísima y contradictoria doctrina. Y se utilizó la expresión más simple de "tener interés *en ello*", ésto es, en que se declare no conforme a Derecho la actuación administrativa frente a la que se reaccionaba. Cualquiera que fuera el interés.¹² Aún presuponiendo que el interés exigido por la ley hubiera de ser "directo, personal y legítimo", la jurisprudencia — así una sentencia de 28 de mayo de 1.985 — reconocerá que tal interés con las edificaciones señaladas "existe siempre que pueda suponerse que la declaración jurídica preconizada colocaría a los recurrentes en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral o derivado de una simple relación de vecindad". La norma legal solo exigía que el interés fuere "*directo*". Lo que fue esgrimido para censurar la ley y elogiar — por estimarse más amplia — la fórmula de la Constitución de 1.978 (art. 24) al sustituir aquella palabra por la de interés "*jurídico*".¹³ Cuando, en realidad, las

12 Aunque fuera el prestigio profesional o industrial o económico. Cfr. TOLEDO, "El interés competitivo, comercial o industrial como determinante de la legitimación", *REDA*, num. 5, pp. 274 y ss. FERNÁNDEZ FERRERFS, "Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones generales", *REDA*; núm. 22, pp. 446 y ss. Una referencia general a la jurisprudencia española en mis *Comentarios a la LJ*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1994, comentario al art. 28.

13 Una referencia a esta doctrina encaminada a resaltar — y exagerar — los defectos de un conjunto de disposiciones que supusieran un paso definitivo en la

sentencias dictadas a lo largo de los casi cuarenta años de vigencia de la ley han puesto de manifiesto que la norma del artículo 28. I.a) no supuso en absoluto un obstáculo para que, al menos en este aspecto, quedase garantizada la tutela judicial frente a la Administración pública.

Y la jurisprudencia venezolana ha reaccionado en forma análoga. Ciertamente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 121, al regular la legitimación activa frente a actos particulares — a diferencia de la fórmula que utiliza para regular la legitimación frente a actos de efectos generales en su art. 112 — la atribuye "sólo" a "quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate". Que es la fórmula que había reiterado la jurisprudencia de la antigua Corte Federal. Sin embargo, la jurisprudencia, aún presuponiendo esta fórmula, aún reiterando que no bastaba un simple interés para conferir legitimación, sino que había de ser "legítimo", "personal" y "directo" — que alguna sentencia se ocupó cuidadosamente de definir — no ha dudado en reconocer que el interés legítimo aparece como la garantía, utilidad o provecho que pueda proporcionar alguna cosa, de modo que para el demandante y el reo, consisten en el beneficio que deba reportarles la decisión del pleito, ya sea haciéndoles adquirir o evitándoles perder" ¹⁴.

D. Intereses plurales, colectivos y difusos.

a. La distinción entre intereses plurales, colectivos y difusos.

Los procesalistas, muy especialmente los italianos, derrochando sutileza e ingenio, se han esmerado en diferenciar como una categoría específica de interés el "colectivo, y, desde hace unos años, el llamado "difuso" ¹⁵, que

estructuración del Estado de Derecho español, en mi trabajo *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Ed. Civitas, 1992 y en GARRIDO FALLA, "La resurrección del acto de gobierno", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*", 1992.

14 BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo venezolano*, cit. 1993, pp. 88 y ss; *La Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y estudios de Derecho administrativo*, Caracas, 1978, Tomo V, Volumen I, pp. 215 y ss

15 RECHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi difusi nella Costituzione*, y DE VITA, "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese", en *La tutela degli interessi difusi nell' diritto comparato*, Milán, 1976, pp.



llegó a estar tan de moda, que llegó a constituir el tema monográfico de uno de los Congresos internacionales de Derecho procesal y, para perfilar mejor los casos, se establece la distinción entre intereses plurales, colectivos y difusos.¹⁶ Es indudable que existe una diferencia entre estos tres tipos de interés. Y hasta que puede ser útil en la aplicación de ciertos Ordenamientos. Como en el español, en tanto estuvo vigente el artículo 28.1.b), LJ, según su redacción originaria, que limitaba la legitimación para impugnar disposiciones de carácter general del Estado, al reconocerla únicamente a las "Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas entidades ostentaren la representación y defensa de interés *de carácter general o corporativo*". Pero, una vez derogada esta norma y admitida la legitimación general — interés directo en *la anulación* — para incoar un proceso administrativo, cualquiera que fuera el acto, disposición o actuación frente a la que se demandaba tutela judicial¹⁷, en principio carece de eficacia práctica, salvo en supuestos especiales.

b. Interés plural.

Realmente, no puede hablarse de la existencia de un interés plural como categoría diferenciada de interés. El interés plural es el interés individual

38 y ss. y 350 y ss.; PISANI, "Apuntamenti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superiusdividendo) inauzi al giudice civile ordinario", en *Studio di diritto processuale del lavoro*, Milán, 1976, pp. 311 y ss.

- 16 Una de las más claras exposiciones, en MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe de él)*, Ed. Civitas, 1994, pp. 61 y ss.
- 17 RODRIGUEZ-ZAPATA, "Incidencia de la constitución sobre las normas que regulan la legitimación en el Proceso contencioso-administrativo", en *Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativo*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; COLOM PASTOR, "Legitimación corporativa Y recurso directo contra Reglamento", *REDA*, núm. 32, pp. 895 y ss.; LAFUENTE, *La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativas después de la Constitución*, *REDA*, núm. 42, pp. 435 y ss. Y, en la Ob. col. *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Ed. Civitas, 1993, Tomo II, pp. 1353 y ss., y 1379 y ss., los trabajos de BAENA DEL ALCAZAR, *El control judicial de los reglamentos y la jurisprudencia postconstitucional*, y FERNANDEZ TORRES, *La legitimación corporativa en la jurisprudencia contencioso-administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva*.

de unos sujetos que se encuentran en la misma situación. Es, por tanto, una suma de intereses individuales. Aquellos en los que concurran podrán iniciar el proceso individual o colectivamente, pudiendo existir acumulación procesal cuando las pretensiones que se deduzcan — si se formulan independientemente — tengan idéntico fundamento y petición.

c. Interés colectivo.

Aquí aparece ya un interés que trasciende al individual, como es el interés de una profesión como tal profesión ¹⁸. Es indudable que el "interés" de la profesión lo será también de todos y cada uno de los profesionales. Por lo que parece que el reconocimiento del interés colectivo como requisito de legitimación — como hace, por ejemplo, el artículo 31.1.a) de la Ley española de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992 — no amplía la esfera de legitimación. Sin embargo, en ciertos aspectos puede tener sentido. Aparte del ya señalado de que un ordenamiento pueda limitar a las entidades corporativas la legitimación en ciertos supuestos, en los términos siguientes:

- Cuando se trate efectivamente de la defensa de los intereses colectivos de una profesión; es incuestionable la legitimación *directa* de la Corporación o Colegio para incoar el proceso.

- Cuando, dentro de una Corporación, existen profesionales entre los que se dan grupos o "colectivos" diferenciados, con intereses asimismo diferenciados, es incuestionable que la Corporación estará asimismo legitimada *directamente* para actuar en un proceso en defensa de los intereses de sus colegiados, frente a los de otros profesionales (v.gr. de determinados Ingenieros frente a Arquitectos, o de determinados Médicos frente a Enfermeros). Pero el Colegio como tal, carecería de legitimación en defensa de los intereses de ese grupo de profesionales frente a los de otro grupo integrados en el mismo Colegio.

- Cuando se trate de intereses individuales de uno de los profesionales, el Colegio no tendrá legitimación directa. Pero puede tener legitimación *indirecta* si así se prevé en los Estatutos o Reglamentos respectivos. En los

¹⁸ De "interés supraindividuales tutelados por el ordenamiento jurídico", habla BREWER-CARIAS, en *Nuevas tendencias*, cit., pp. 96 y s.



de ciertas profesiones se suele establecer la posibilidad de que el Colegio asuma la legitimación para exigir el cobro de honorarios de sus miembros.

d. Intereses difusos.

Y llegamos a los intereses difusos. ¿Cuál es su nota característica? ¿Puede hablarse realmente de una categoría especial de intereses difusos? Parece que lo que caracteriza a los intereses difusos es corresponder a una serie de personas indeterminadas entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos deriva de razones de hecho contingentes. "No pertenecen a una persona determinada ni a un grupo nitidamente delimitado de personas, sino a un grupo indeterminado o prácticamente de difícil o imposible determinación cuyos intereses tampoco se hallan vinculados por una relación jurídica concreta" y "se refieren a un bien indivisible, en el sentido de que es insustituible de división de cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los intereses".¹⁹

Se ha llegado a decir que "no existen dudas en que la cuña de profundización más relevante y digna de atención es la que en el último lustro — sin promediar innovación constitucional ni tampoco la positivización en un ordenamiento infraconstitucional específico — ha provocado la tutela de los intereses o (mejor) derechos difusos".²⁰

Creo, sin embargo, que en general la posibilidad de acudir a un juez en defensa de los bienes que con la construcción de los intereses difusos se trata de proteger no requiere acudir a este supuesto legitimador. Porque, en efecto, aunque no se admita como título legitimador para accionar el

19 Así, BARBOSA MOREIRAJI "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no directo brasileiro", en *Temas de direito processual*, San Pablo, p. 183, delimitación que es admitida por PALACIO, en "La protección Jurisdiccional de los intereses difusos", en *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXII, 2ª época, nº 26, 1987.

Una extensa referencia al tema en el proceso administrativo, en JIMENEZ MEZA, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, San José de Costa Rica, 1990, pp. 326 y ss.

20 MORELLO, "La tutela Jurisdiccional del habitante y del administrado en la Argentina", en *La Protección jurídica del ciudadano, Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Ed. Civitas, 1993, II, p. 2116.

simple interés a la legalidad y sea necesario un interés en el sentido amplio antes señalado, que parece el dominante en la jurisprudencia, en los supuestos que se citan como típicos de "intereses" difusos, existe interés. Por indivisible que sea el bien objeto de protección, es evidente que del éxito de la pretensión deducida en su defensa se derivará un beneficio, bien de los habitantes de una barriada — que sufren los efectos del deterioro del medio ambiente imputable a la instalación de una industria —, de los consumidores de determinados productos, de los habitantes de un pueblo al que se quiere privar de una determinada obra artística... Ha de reconocerse, no obstante, que en supuestos límites resultaría sumamente difícil por no decir imposible admitir la legitimación con las categorías tradicionales de "interés". Más en estos supuestos, más simple y sencillo que acudir a la figura de los intereses difusos, será admitir la acción pública, como ha hecho el ordenamiento jurídico español²¹. Aunque evidentemente la acción pública pueda dar lugar a abusos²², en estos casos límites constituirá un eficaz instrumento de defensa la instauración de la acción pública.²³

3. Legitimación activa de las Administraciones públicas.

A. Legitimación activa de una Administración pública frente a una Administración pública distinta.

Una Administración pública está legitimada para deducir una pretensión procesal frente a otra, pudiendo distinguirse, a su vez, dos supuestos:

- Que la Administración pública actúe como cualquier otro sujeto de Derecho (v.gr. como titular de derecho de propiedad de un bien sujeto a la acción administrativa de otra entidad, como concesionario de dominio público o de servicio público de otra...). En este supuesto no se da especialidad alguna.

21 GONZALEZ PEREZ, *Manual de Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1992, p. 106 y ss.

22 Que he resumido en mi trabajo *Comentarios a la LS*, 6º ed., Ed. Civitas, 1993, III, pp. 2389 y ss.

23 En contra, PALACIO, *La protección judicial de los difusos*, cit., pp. 24 y ss.



- Que la Administración pública actúe en defensa de sus potestades públicas. En este último supuesto, los ordenamientos jurídicos suelen contener una regulación especial. En el Ordenamiento español se regula la legitimación:

- Del Estado, frente a actos y disposiciones de las Comunidades autónomas (art. 2º, Ley 34/1981, de 8 octubre) y de las entidades locales (art. 63, 65, 66 y 67, Ley de Bases de Régimen Local de 1985).

- De las Comunidades Autónomas frente al Estado (ley 34/1981, de 5 octubre) y frente a las Entidades locales (arts. 63, 65 y 66, Ley de Bases de Régimen Local).

- De las Entidades locales (art. 63.2, Ley de Bases de Régimen Local).

Mientras, la reconocida al Estado es muy general así como la de las Comunidades autónomas frente a actos de las Entidades locales, la de éstas es más limitada, en cuanto sólo se reconoce en defensa de "la autonomía constitucionalmente garantizada".

B. Legitimación de una Administración pública frente a un acto de la misma.

En cuanto las Administraciones públicas están investidas de la prerrogativa de volver sobre sus propios actos a fin de privarles de efectos, bien por razones de legalidad o de simple oportunidad, en principio, no parece tener sentido la existencia de un proceso por ellas invocado, a fin de verificar si un acto es o no conforme a Derecho, a fin de declarar su nulidad o anularlo.

Ahora bien, aquella prerrogativa no es ilimitada. El Ordenamiento jurídico establece límites a la posibilidad de volver sobre los propios actos. Las Administraciones públicas no pueden revisar sus actos en cuanto de ellos deriven situaciones jurídicas subjetivas. Así lo establece la LRJPA española (art. 106.c) y, en Venezuela, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (arts. 19.2º y 82).²⁴

24 BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias*, cit., p. 98 y s.

Tradicionalmente, en el Ordenamiento jurídico español, la única vía para poder privar de efectos a un acto administrativo declarativo de derechos subjetivos era la procesal. Una de las peculiaridades del Derecho administrativo español ²⁵ e hispanoamericano ²⁶ es la existencia de un proceso especial en el que adopta la posición de demandante la misma entidad que dictó el acto que constituye el objeto de la pretensión. El nombre con que tradicionalmente ha sido calificado este "recurso contencioso-administrativo" es el de "lesividad". No se da, por tanto, proceso de lesividad siempre que una entidad pública, una de las Administraciones públicas (tal y como se enumeran en el art. 1.2, Lj), adopta la posición de demandante. Cuando una entidad pública deduce una pretensión cuyo objeto es el acto de otra entidad pública (v.gr., un Municipio pretende la anulación de un acto de un órgano del Estado), la misma será examinada y actuada a través del proceso ordinario o especial que corresponda, según la fundamentación de la pretensión. El que una Administración pública aparezca como demandante en un proceso no da lugar al proceso de lesividad. El proceso de lesividad surge — empleando el texto de la Ley — "cuando la propia Administración autora de algún acto pretendiera demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación" (art. 56.1, Lj) ²⁷.

En el ordenamiento español, a partir de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1.957, se ampliaron las potestades de revisión de oficio, admitiéndose la posibilidad de que, a través de un procedimiento

25 GASCON HERNANDEZ, "La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, p. 125; LOPEZ RODO, *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, pp. 20-21; COURBE-COURTEMANCHE, *Les recours contre les actes administratifs en Droit espagnol*, 1960, pp. 295-297.

26 Así, por ejemplo algunas provincias argentinas (Corrientes, Córdoba, Mendoza); el contencioso-administrativo del Distrito Federal Mexicano, así como los ordenamientos de algunos Estados. GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, 1985, p. 118, y *Derecho procesal administrativo mexicano*, México, 1988, p. 124; BRISEÑO, *El proceso administrativo en Iberoamerica*, México, 1968, p. 293; RETANA, *La Jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica y su reforma*, San José, 1966, p. 72.

27 GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*, 2º ed., Ed. Civitas, 1994, pp. 1144 y ss.



administrativo — en el que se reforzaban las garantías de los administrados — se pudiere declarar la nulidad de los actos — en los supuestos tasados de infracción sancionados con este grado de invalidez — y anularse en los supuestos de infracción manifiesta de ley. Lo que se mantiene, con algunas variantes en su régimen jurídico, en la vigente LRJPA (arts. 102 y 103).²⁸

En la medida en que la Administración pública puede, en estos supuestos, volver sobre sus propios actos, no tiene sentido que acuda al proceso administrativo de lesividad. De aquí que cuando la LJ regula la legitimación activa de una Administración pública para incoar este proceso le reconozca a la Administración autora de algún acto que, "en virtud de lo previsto en las leyes, no pudiera anularlo por si misma". Lo que no supone que carezca de legitimación activa siempre que tenga abierta la posibilidad de revisar por si sus actos, sino que puede optar por la lesividad, aunque concurren las circunstancias para la revisión de oficio. Así lo ha reconocido la jurisprudencia. Lo que tiene sentido en los supuestos en que, existiendo dudas sobre la concurrencia de una infracción determinante de nulidad de pleno Derecho o sobre la gravedad de la infracción que habilitaría para la anulación por la propia Administración, es evidente que si existe infracción del Ordenamiento jurídico y, por tanto, posibilidad de obtener sentencia favorable en el proceso de lesividad.

4. Legitimación indirecta.

A. La distinción entre parte directa y parte indirecta.

Puede hablarse de parte directa cuando los actos recaen en su esfera jurídica, y de parte indirecta cuando recaen en la esfera jurídica de otro.

El supuesto normal es el primero. Pero pueden encontrarse supuestos del segundo en el proceso administrativo. El Ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que actúe precisamente una parte cuyos actos recaerán en la esfera jurídica de otro. Así ocurre en los casos de representación y de sustitución.²⁹

28 GONZALEZ PEREZ, "La revisión de los actos administrativos", en la Ob. cit. *Procedimiento administrativo. Ponencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre Derecho administrativo*, Santiago de Compostela, 1994, pp. 151 y ss.

29 GONZALEZ PEREZ, *Comentarios a la LJ*, cit., p. 288 y ss.

B. Representación.

En los casos de representación, la parte no es la que actúa en el proceso, sino aquella por la que se actúa: no el representante, sino el representado. El representado — en el que ha de concurrir la legitimación —, apodera a otra persona para que actúe personalmente en su nombre. Es el apoderamiento el que confía legitimación indirecta.

Este apoderamiento puede ser singular, para un proceso concreto o general, para todos los procesos en que pueda estar legitimado el que lo otorga. Y puede venir conferido estatutariamente, como en los estatutos de ciertos Colegios Profesionales en los que se prevé que los colegios asumirán la representación — y defensa — de sus colegiados, no ya en defensa de los intereses colectivos de todos — en cuyo caso la legitimación será *directa* —, sino en defensa de intereses particulares de cada colegiado — v.gr., para cobrar los ingresos profesionales —, en cuyo caso la legitimación del Colegio será indirecta. Y también podría incluirse aquí la representación que la Ley 26/1984, de 19 de julio, atribuye a las Asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de éstos.

C. Sustitución procesal.

En los casos de sustitución, la parte procesal será, por el contrario, la que actúa en el proceso y no aquella por la que se actúa.

En Derecho español, el artículo 68, LBRL — y art. 220, ROF — regulan un supuesto de sustitución al reconocer a "cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos" facultad para ejercitar acciones "en nombre e interés de la Entidad local", si, requerida ésta para que las ejercite, transcurren treinta días hábiles sin que las ejercitara.

Se ha planteado el problema de, en qué procesos puede tener aplicación este precepto. Parece indudable que el mismo es aplicable, aparte de en los procesos civiles, en los procesos administrativos siguientes:

- Procesos administrativos incoados por una Entidad local frente a otra entidad pública (Estado, entidad local o institucional o corporativa). Se trata de *aquellos* casos en que un acto o disposición del Estado o de otra entidad pública dá lugar a la incoación de un proceso, en que está legitimada activamente una entidad local.



- Procesos administrativos de lesividad. Se trata de *aquellos* casos en que ante un acto administrativo lesivo, la Entidad local no incoa el proceso oportuno, previa declaración de lesividad. No obstante, la jurisprudencia ha estimado que la sustitución prevista en el artículo 68, LBRL, es para ejercitar acciones que a las entidades locales "corresponden para la defensa de sus bienes y derechos", es decir, las pertinentes contra quienes hayan vulnerado estos bienes y derechos, terceros en cuanto a la Entidad y al vecino, sin que pueda hacerse extensivo a las acciones que la entidad local tenga contra si misma". Así, Sentencia de 3 mayo (Art. 4261), que reitera la doctrina de la Sentencia de 29 junio 1.981 (Art. 2805).

Asimismo podrian incluirse entre los supuestos de sustitución procesal aquellos en que el Ministerio público o el Ombudsman o instituciones análogas asumen la defensa de los intereses particulares de un administrado, a que me he referido.

5. Excepciones.

A. Los órganos de las entidades públicas.

Siendo parte procesal la entidad pública — investida de personalidad y por tanto con capacidad — no pueden tener tal carácter sus órganos ni sus vicarios. La ley española (art. 28.4, LJ) así lo establece. Pero en su apartado a), después de decir que "no podrán interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una entidad pública... los órganos de la misma", añade, "salvo en el caso previsto en la Ley de Régimen Local sobre la suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales". Aparte de esta excepción, existe otra también en la esfera local: la de los miembros de los órganos colegiados que habian votado en contra del acto. Dos son, por tanto, los supuestos en que el Ordenamiento español admite la posibilidad de impugnar actos de una entidad local a algunos de los titulares de los órganos ³⁰.

B. Suspensión de acuerdos de las entidades locales.

La LJ, congruentemente con el Ordenamiento jurídico vigente en el momento de su promulgación, reguló un proceso especial al que daba lugar la suspensión de acuerdos de las entidades locales que incurrian en

30 No en el supuesto de que actúen en defensa de sus intereses particulares, en que es incuestionable la legitimación, sino en defensa de los intereses de la propia entidad.

infracción manifiesta de las leyes, suspensión que podía ser adoptada por el Alcalde y por algún órgano del Estado — el Gobernador civil —. Una vez en vigor la Constitución de 1.978 se entendió que tal potestad de órganos distintos a los de la entidad local suponía un atentado a la autonomía local. Pero se mantuvo la legitimación de los Alcaldes que se reconocía en algunas legislaciones sectoriales, como la Ley del Suelo (art. 253).³¹

C. Legitimación de los miembros de la Corporación.

Y la Ley de Bases de Régimen Local, en su artículo 63.1.b) reconoce asimismo legitimación "a los miembros de las Corporaciones locales que hubieren votado en contra de tales actos". No basta, por tanto, para ejercer la acción no haber votado a favor del acto, sino que es necesario haber votado en contra. La no intervención en la sesión o la abstención no es suficiente.

IV. DEMANDADO

1. El demandado en el proceso administrativo.

El demandado es la persona frente a la que se formula la pretensión, aquella frente a la que se incoa un proceso.

El proceso administrativo, como todo proceso, nace a instancia de una persona que ha encontrado en otra una oposición a la plena realización de sus pretensiones. Nace, precisamente, en demanda de que se actúe frente a esta persona. Y el órgano jurisdiccional deberá examinar si aquello que se pretende es o no conforme al ordenamiento jurídico, a fin de acceder o no a ello.

En el proceso administrativo, como se ha reiterado, por las prerrogativas de autotutela de que están investidos los entes públicos será demandado, normalmente, el ente público que, en ejercicio de esta prerrogativa, dictó

31 Me remito al Comentario a este artículo en mi libro *Comentarios a la LS (texto de 1.992)*, 6º ed., Ed. Civitas, 1993, III, pp. 1951 y ss.



el acto obligatorio y ejecutivo, que afecta a los derechos o intereses del demandante, tanto la Administración pública actuara en una relación bilateral con éste, o hubiera incidido en una relación entre dos particulares, surgiendo una relación triangular.

Pero existen importantes excepciones a esta regla general y se imponen una serie de matizaciones.

2. La Administración pública de que proviniere la actuación a que se reflere la pretensión.

Lógicamente, si lo que da lugar al proceso es la actuación de una Administración pública concreta (Estado, Provincia, Municipio), ésta será la parte demandada. La pretensión se formula frente a ella.

Pero si es la propia Administración pública la que demanda la anulación de sus actos, al no poder demandarse a si misma, la pretensión deberá dirigirse frente a aquél o aquéllos que impidan se pueda privar de efectos al acto por sí misma: el titular o titulares de la situación jurídica subjetiva que derivan del acto. Salvo en este supuesto, será parte demandada, directamente, la entidad pública a la que es imputable la actuación frente a la que se demanda justicia.

Puede ocurrir que, a tenor del ordenamiento jurídico aplicable, la eficacia de un acto dependa de la intervención de más de una entidad pública, como consecuencia del ejercicio de potestades de fiscalización o tutela, lo que planteará el problema de cual estará legitimada como demandada. La Ley española resuelve el problema en función de que el acto de fiscalización o tutela fuere aprobatorio o denegatorio del fiscalizado. Si fuere aprobatorio, reconoce legitimación a la entidad del acto objeto de fiscalización; en otro caso, se produce un desplazamiento del acto objeto de impugnación y en consecuencia la Legitimación corresponde a la entidad que dictó el acto denegatorio (art. 29.2, LJ).

En los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas imputable a varias, el Ordenamiento español consagra la solidaridad (art. 140, LRJPA; art. 18 del Reglamento aprobado por Decreto 429/1993, de 26 de marzo), por lo que el perjudicado podrá dirigir su acción frente a cualquiera de las Administraciones responsables.

3. Las personas titulares de la situación jurídica subjetiva derivada del acto.

A. Proceso de lesividad.

Como se ha señalado, si es la Administración autora de un acto la que aparece como demandante en solicitud de la anulación de aquél, la única persona legitimada como demandada será el titular de la situación jurídica que constituye el obstáculo al ejercicio de las potestades de tutela.

B. Proceso en que es parte demandada la Administración pública

En los procesos en que la Administración pública es la parte demandada por antonomasia, ¿puede admitirse la existencia de otra parte demandada con el mismo rango que aquélla?. No se trata de la posibilidad de comparecer en defensa del acto objeto de impugnación al lado de la Administración pública. Sino de que la pretensión se dirija — o se entienda dirigida — además de frente a la Administración frente a otra persona.

Es indudable siempre que en la relación jurídica material que subyace en la procesal aparezca una persona con una posición tan relevante como la de la Administración pública, cualquiera que hubiera sido la modalidad de la acción administrativa, que culminó en el acto o actuación que dió lugar al proceso.

Pensemos que el acto frente al que se dedujo la pretensión fuera el de nombramiento de un funcionario; o el de otorgamiento de una concesión o adjudicación de un contrato; o el de otorgamiento de una licencia para construir o para edificar; o el de reconocimiento de justiprecio al expropiado; o el de reconocimiento del derecho a una exención tributaria. ¿Es que el funcionario nombrado, o el titular de la concesión o contratista o el de la licencia o el expropiado o el titular de la exención tributaria no son las personas frente a las que debe dirigirse (también) la pretensión?. Porque cuando se pretende la anulación del nombramiento lo que se está pretendiendo es que no lo sea el nombrado. Cuando se pretende la anulación de la concesión es para que no lo sea el concesario. Cuando se pretende la anulación de una licencia de construcción, que el titular de la licencia no pueda construir. Cuando se impugna el justiprecio, para que



el expropiado no cobre el justiprecio o cobre una cantidad inferior a la fijada. Y cuando se pretende una exención tributaria, que el que la obtuvo se sujete al régimen tributario general.

En todos estos supuestos no puede desconocerse la legitimación pasiva desde el momento de incoarse el proceso administrativo a todos aquellos titulares de las situaciones jurídicas derivadas del acto de las que se verán privados de prevalecer la pretensión. No es que tenga tan solo un interés en el mantenimiento del acto. Es que lo que se está discutiendo, lo que se va a ventilar en el proceso es, precisamente, su derecho.

Podrán los ordenamientos no exigir que, al incoarse el proceso, se dirija formalmente la pretensión frente a aquellas personas titulares de los derechos subjetivos derivados del acto. Como tampoco exigen que se demande a una Administración pública. Lo que suelen exigir las leyes reguladoras del proceso administrativo es que la pretensión se formule en relación a un acto. Pero la propia Ley — así la ley española — reconoce el carácter de demandada, tanto a la Entidad pública autora del acto como a los titulares de los derechos que del acto deriven. Así el artículo 29.1, LJ.

No creo que quepa la menor duda en orden a que estamos ante partes principales. Tanto la Administración pública como aquéllos sujetos procesales son demandados principales. Adoptando una idéntica posición procesal a todos los efectos, desde la iniciación hasta la terminación del proceso, pasando por la instrucción, y, por supuesto, en orden a la eficacia del proceso, tanto jurídica como económica. El proceso subsistirá y deberá seguir por todos sus trámites hasta la terminación normal por sentencia, aunque la Administración demandada se allane, si no allana el particular demandado.

Los titulares de los derechos subjetivos *no son terceros intervinientes en el proceso*. Sino partes principales. Son demandados.

Ahora bien, como pueden intervenir en el proceso, además, todos aquéllos que tengan interés en el mantenimiento del acto, se ha planteado el problema de hasta que punto estos interesados deben estar sujetos al mismo régimen jurídico, careciendo de sentido la distinción entre parte principal y parte accesoria, y, por tanto, sí debe desaparecer la figura del coadyuvante.

V.
TERCEROS INTERVINIENTES

1. La intervención en el proceso administrativo de terceros intervinientes.

En el proceso administrativo, la Administración pública ha aparecido siempre como parte principal: normalmente, como demandada; excepcionalmente, como demandante, y, tradicionalmente, se ha admitido en nuestros Ordenamientos jurídicos que intervinieran en el proceso al lado de ella otras personas que tuvieren interés.

Esta persona que podrá comparecer a fin de defender en el proceso la misma posición que la Administración se ha denominado coadyuvante, en cuanto se configuraba como parte accesorio, subordinada a la principal. No existía en el proceso administrativo otras partes principales que el demandante y la Administración demandada, o, en el proceso de lesividad, la Administración demandante y los particulares titulares del derecho subjetivo derivado del acto. Los demás sujetos a los que reconocía legitimación para comparecer en el proceso eran siempre partes accesorias. Su posición procesal estaba subordinada a la de la parte principal.

Se denominaban coadyuvantes y se sometía a idéntico régimen jurídico procesal a sujetos entre los que existían diferencias fundamentales.

LOPEZ RODO reaccionó contra aquella normativa. "Es inconcebible — afirmó — que no se haya advertido la diferencia que, salta a la vista, existe entre los distintos sujetos a quienes se admite como coadyuvantes en el proceso que se haya seguido un criterio único para construir las características de la institución" ³². Pues no podrá someterse al mismo régimen jurídico a aquel que interviene en el proceso manteniendo una pretensión con carácter de parte principal — como el que defiende un derecho subjetivo derivado del acto —, como aquel que interviene adhiriéndose a las pretensiones a una de las partes — por tener interés en ello —.

32 LOPEZ RODO, *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, pp. 56 y ss.



Y fue la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 la que por primera vez en nuestro Derecho distinguió nítidamente ambos supuestos. El artículo 29.1 consideró parte demandada, no sólo a "la administración de que proviniera el acto", sino también a "las personas a cuyo favor derivaran derechos del propio acto". Mientras que el artículo 29 reconocía la posibilidad de intervención en el proceso como coadyuvante: del demandado, a la persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto; de la Administración demandante, al que tuviere interés directo en la anulación.

Distinción que tenía reflejo en la regulación de la intervención. Ya que sólo la intervención del coadyuvante se consideraba adhesiva y su posición subordinada a la parte principal. Subordinación que si no tenía transcendencia en la instrucción del proceso -en cuanto el coadyuvante no estaba subordinado a la parte principal- si tenía reflejo en orden a la terminación normal del proceso -era irrelevante su actitud en orden al allanamiento de los demandados-, a la legitimación para recurrir -que no se reconocía con independencia de la parte principal- y a los efectos jurídicos y económicos del proceso.

A raíz de la Constitución de 1.978, al consagrarse en ésta la tutela jurisdiccional efectiva en defensa de los derechos e intereses legítimos, un sector de la doctrina entendió que había desaparecido la distinción, ya que el coadyuvante -como titular de simples intereses legítimos- debía tener en el proceso iguales derechos y potestades que la partes principales³³. Tesis que no fue la que mantuvo el Tribunal Constitucional, al reconocer que tenía sentido la distinción y diferencia de tratamiento jurídico en los Autos 461/1988, de 28 de septiembre; 576/1983, de 23 de noviembre, y 170/1988, de 1 de febrero. Si bien, el Tribunal Supremo consideró inconstitucionales las limitaciones que establecía el artículo 95.2, Lj, en

33 Asi, SANCHEZ MORON, "Las partes en el anteproyecto de la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo", *Documentación jurídica*, núm. 51 (1986), pp. 753 y ss. En análogo sentido, LORENZO JIMENEZ, en *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 40, si bien considera que no es posible la unificación del régimen jurídico respecto del coadyuvante de la Administración demandante en el proceso de lesividad, ya que "lo contrario supondría reabrir los plazos y favorecer a una persona que no ha actuado diligentemente"; y XIOL, *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Valencia, 1992, p. 140 y ss.

orden a la legitimación para recurrir del coadyuvante³⁴ y, al introducirse en el Ordenamiento español el recurso de casación, se admitió expresamente la legitimación para recurrir a todos los que hubieran sido parte en el procedimiento en que se dictó la resolución recurrida (art. 96.3, LJ, según redacción dada per la Ley 20/1992)³⁵.

Sentado en el apartado anterior (ap. IV.3) que los titulares de la relación jurídica material que subyace en el proceso son partes principales desde el momento mismo de iniciación del proceso, a todos los efectos, deben ser emplazados como tales. La falta de emplazamiento sería determinante de indefensión y, por tanto, daría lugar a nulidad de actuaciones. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, atenuando la rigidez inicial, sólo muy limitadamente accede a la nulidad, rechazándola cuando quien debiendo ser emplazado hubiera podido tener conocimiento del proceso si hubiese actuado con la debida diligencia. Creo, no obstante, que cuando estamos ante el demandado, ante aquel para el que "inmediatamente nacen derechos de los actos de la Administración impugnados"³⁶, no caben matizaciones y ha de exigirse en todo como el emplazamiento, con los requisitos que establecen las leyes procesales.

Es en este aspecto del emplazamiento — con las posibles gravísimas consecuencias que las infracciones pueden determinar — el que requiere una perfecta distinción de los supuestos de legitimación para intervenir.

Sentada la condición de demandados desde la iniciación del proceso de los titulares de derechos subjetivos derivados directamente del acto, ¿cabe señalar diferencias de régimen entre aquellos a los que la ley permite comparecer en defensa de sus intereses?. Y ¿cabe establecer diferencia entre todos éstos y aquellos?. O, por el contrario, no cabe hablar de

34 GONZALEZ PEREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, cit., pp. 44 y 45.

35 Así se ha interpretado por la generalidad de la doctrina. Cfr., GONZALEZ PEREZ, *La nueva regulación del proceso administrativo*, 2º ed., Ed. Civitas, 1993, pp. 92 y ss. y *Comentarios a la LJ*, cit., comentario al art. 96.

36 Sobre esta línea jurisprudencial, me remito a mi trabajo *El derecho a la tutela Jurisdiccional*, 2º ed., Ed. Civitas, 1989, pp. 152 y ss.



distinción entre parte principal y accesorio, porque debe someterse a todas las partes, al margen de su legitimación, a idéntico régimen jurídico.

Es evidente, que no pueden someterse a todos al mismo régimen de emplazamiento. Pero, una vez personados todos aquellos que ostenten legitimación, ¿tiene sentido la diferenciación? En mi opinión, no ofrece duda que debe ser así. Quizás, no en todos los aspectos en que se establecía, debiendo consagrarse la igualdad, por ejemplo, en aspectos como el de la legitimación para recurrir. Y aún en éste, es más que discutible. Pensemos, por ejemplo, en un proceso administrativo incoado frente a un acto administrativo que reconoció un derecho subjetivo a establecer un centro docente en una determinada localidad, en que, al existir un titular del derecho es éste el demandado, y en el que han comparecido los padres de potenciales alumnos en defensa del interés a tener tal centro docente en las proximidades de su domicilio, proceso en el que se hubiere acordado la suspensión de ejecución del acto. La sentencia estima parcialmente el recurso y modifica el acto, imponiendo ciertas limitaciones. Supongamos que no recurre la Administración, y que el titular del derecho subjetivo derivado del acto — demandado — está conforme con las limitaciones y decide no recurrir para que la sentencia adquiera firmeza, se levante la suspensión y pueda comenzar su actividad. ¿Tendría sentido que el coadyuvante interpusiera recurso contra la sentencia, con el consiguiente efecto suspensivo, en contra de lo que interesa al demandado?

No es admisible en general identidad de trato. Y, no sólo entre las partes principales — titulares de derecho — y partes accesorias — titulares de interés —, sino también entre éstos, con legitimación para comparecer por tener interés, aunque no les afecte directamente la eficacia jurídica material. De aquí que se distinga entre tipos de intervención y se hable de intervención principal y accesorio.

Si en el supuesto de sujetos titulares de situaciones jurídicas emanadas del acto frente al que se promueve el proceso puede hablarse de litisconsorcio pasivo necesario — desde la incoación del proceso son todos demandados y desde ese momento nace la relación jurídico-procesal con ellos —, no ocurrirá así respecto de aquellos otros interesados. Sólo serán partes procesales una vez que hubieren comparecido en el proceso, al ser emplazados o al tener conocimiento de su existencia.

En el Ordenamiento jurídico español, como se ha señalado, la Ley 10/1992 de 30 de abril de 1.992, al acoger doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, introdujo una innovación importante, al estimar que no cumplía las exigencias de defensa la normativa anterior, que no preveía otra forma de emplazamiento a cuantos tuvieran interés en el mantenimiento del acto — e incluso a los de derechos subjetivos — que el anuncio de haberse incoado el proceso en los diarios oficiales ³⁷. Y exigió el emplazamiento personal con arreglo a las normas comunes del proceso civil de todos los que aparecieran como interesados en el expediente administrativo, si bien el emplazamiento había de hacerlo la propia Administración.

En definitiva, ha de acudirse al régimen jurídico de los interesados en el procedimiento administrativo. A tal efecto, la LRJPA establece una distinción que, sin duda, ha de tener relevancia en el proceso administrativo.

Pese a las críticas que un sector doctrinal esforzado en encontrar defectos al Ordenamiento "preconstitucional" — como si el Estado de Derecho hubiera nacido en España con la Constitución de 1.978 — había dirigido a la exigencia de que el interés fuera "directo" en orden a la legitimación, esta condición va a tener relevancia en el procedimiento administrativo. Así se desprende del artículo 34 en relación con el artículo 31 de la LRJPA:

Según el artículo 31.1.b) de esta Ley, tienen incuestionablemente la condición de interesados en un procedimiento administrativo — aparte de los que le incoaron — los que "tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión". Que son, precisamente, los que en el posible proceso ulterior son, tal y como había señalado, las partes principales.

Pero existen otros interesados que sólo tienen este carácter — a todos los efectos — desde que se personaren en el procedimiento. Una vez personados, son interesados; si no llegan a personarse, no tendrán tal condición. Y, entre ellos, se impone distinguir entre los que tuvieren interés directo y los que no lo tuvieran ³⁸.

37 GONZALEZ PEREZ, *La nueva regulación*, cit., pp. 41 y ss.

38 Sobre el problema, GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1994, pp.



2. Titulares de intereses directos

Respecto de éstos, la ley impone se les comunique la existencia del procedimiento a efectos de que puedan personarse en defensa de sus intereses. El artículo 34, LRJPA, dice:

"Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos, cuya identificación resulta del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento".

La norma parece limitar su aplicación a aquellos procedimientos que no hubieran tenido "publicidad en forma legal", como son aquellos en que no es preceptivo el trámite de información pública y en los que no se acuerda según el artículo 86, LRJPA. No obstante, no parece garantía suficiente la publicidad, que se da en este trámite, por lo que, siempre que fuese conocido el domicilio de los titulares de intereses directos que pudieran resultar afectados por la resolución de un procedimiento, deberá comunicárseles la existencia de éste.

3. Titulares de intereses que no fueren directamente afectados.

Respecto de éstos, no se exige en ningún caso la notificación de que existe el procedimiento administrativo.

Fero si, conociendo su existencia, llega a personarse en él, una vez incoado el procedimiento administrativo, ya tendrán la condición de interesados a todos los efectos, y, por tanto, a los procesales de exigirse el emplazamiento por si quieren comparecer en defensa de sus intereses.

**LAS PARTES EN EL PROCESO
ADMINISTRATIVO, TERCEROS
INTERVINIENTES, COADYUVANTES**



**LAS PARTES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO,
TERCEROS INTERVINIENTES, COADYUVANTES**

Por
Rafael Badell Madrid,
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela

I.
INTRODUCCION

Me corresponde, en el marco de estas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, organizadas para exaltar la labor académica del Doctor Allan Brewer-Carias, formular algunos comentarios sobre la aleccionadora ponencia presentada del Profesor Jesús González Pérez.

La brillante disertación del Profesor González Pérez se ha desenvuelto en cinco capítulos en los cuales se analizan -luego de la correspondiente introducción- los distintos sujetos que integran el proceso administrativo, a saber: el Ministerio Público, el Demandante, el Demandado y los Terceros Intervinientes. Me guiaré por el mismo esquema del Profesor González Pérez y también en cinco partes dividiré mi exposición en la que -de una parte enfatizaré algunos aspectos de la ponencia del Dr. Jesús González Pérez y -en segundo lugar- añadiré algunas comparaciones con el esquema procesal administrativo venezolano.

La ponencia que motiva estos comentarios, introduce el tema de "Las partes en el Proceso Administrativo", partiendo de las siguientes premisas:

PRIMERO: Que en el proceso contencioso de anulación existen verdaderas **PARTES**.

Este principio fundamental, deja a un lado las doctrinas tradicionales que, construidas sobre la dogmática distinción entre el recurso de nulidad y el de plena jurisdicción, atribuyeron naturaleza objetiva al recurso de anulación -se decía que se trataba de un juicio al acto, negándose, en consecuencia, la existencia de parte demandada- por oposición al carácter necesariamente subjetivo del "proceso de plena jurisdicción".

En nuestro país, la naturaleza subjetiva del proceso de anulación ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso Administrativos. Así, en el fallo de fecha 13 de julio de 1987, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo indicó que:

"...desde un punto de vista formal, en los procesos contencioso administrativos existe una parte que pide la declaratoria de nulidad, el interesado legítimo recurrente, y otra en contra de la cual se pide, que es el organismo en concreto de la Administración Pública que emitió el acto cuya nulidad se pretende. Por tanto es posible admitir, como en todo proceso, que también en los de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares existe un demandante y un demandado. El primero, tiene un interés procesal en que el acto sea anulado, por que lo lesiona en un derecho o en una situación legítima (interés legítimo). La segunda, tiene interés en que el acto se mantenga, porque su causa fue el ejercicio de una potestad pública."

Llegar a esta consideración -el juicio de nulidad- es un proceso en el que existen verdaderas partes- ha sido probablemente más fácil en Venezuela, desde que la clásica distinción entre juicio de nulidad y de plena jurisdicción -fundamento de las tesis tradicionales- nunca tuvo recepción legislativa.

SEGUNDO: El Profesor González Pérez ha resaltado también que los ordenamientos jurídicos iberoamericanos no contienen una completa regulación de las partes.

En Venezuela, la falta de regulación es una característica que se extiende tanto a las "partes" como a los demás capítulos del proceso administrativo. Cabe recordar, al respecto, que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia contiene las normas adjetivas que -con vocación de transitoriedad extendida por casi veinte años- informan el proceso de anulación.

La escasa reglamentación del proceso administrativo -producto, precisamente, del carácter provisional o transitorio de las normas que lo



disciplinan- se corrige en nuestro país mediante una cláusula de remisión a la legislación procesal ordinaria (artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) que funge como útil válvula de escape cada vez que se precisa analizar un tema (en este caso: las partes) de derecho procesal administrativo.

TERCERO: Como tercer punto, la ponencia objeto de los presentes comentarios resalta el principio *antiformalista* que debe informar el ordenamiento procesal administrativo. En mérito de este principio, se predica que *ha de admitirse la subsanación de los defectos susceptibles de ello de que adolezca una actuación procesal*.

Nos manifestamos conformes con el principio reseñado, y advertimos que su aplicación debe conciliarse con otros -especialmente el de la preclusividad de los actos procesales- igualmente necesarios para el buen funcionamiento de la justicia administrativa.

Por ello, consideramos que los defectos vinculados con requisitos de admisibilidad del recurso de anulación -vgr. capacidad de ser parte o capacidad procesal del recurrente- deben ser *subsanados* antes de que el órgano judicial verifique su cumplimiento, so pena de que la subsanación ulterior resulte improcedente, por extemporánea.

CUARTO: Con Magistral claridad, el Dr. González Pérez nos enseña que la capacidad para ser parte va unida a la condición de persona y, por ende, en el juicio de anulación la condición de parte procesal la tienen las entidades públicas que integran la Administración (en Venezuela: República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos, etc.) y no el órgano de ellas a quien le es imputable la actuación administrativa recurrida.

Tal reflexión nos sirve como base de crítica a los procesos especiales (vgr. Carrera Administrativa) en los que la defensa de la Administración se adjudica siempre y en todo caso a la Procuraduría General de la República, sin considerar la naturaleza (centralizada o descentralizada) de la parte procesal.

Creemos, en efecto, que cuando el acto funcional proviene de una Administración Pública con personería jurídica propia, distinta de la República, Banco Central de Venezuela, Institutos Autónomos, la defensa

del acto debería encargarse a tal Administración y no -como lo hace la Ley de Carrera Administrativa- al Procurador General de la República.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

En el segundo capítulo de su exposición, el Profesor González Pérez ha expuesto una visión crítica del rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso administrativo. En este sentido, nos ha dicho:

PRIMERO: Que un correcto análisis de la posición que debe adoptar el Ministerio Público en el proceso administrativo, pasa por entender las diferencias que existen entre la defensa de la Administración Pública y la defensa de la legalidad; siendo esta última la tarea que debe asumir el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO: De otra parte, insiste el Profesor González Pérez en que la Administración Pública autora del acto se presenta necesariamente como parte procesal y que su defensa no debería quedar en manos del Ministerio Público.

TERCERO: Como remedio frente a las inhibiciones de los administrados, siempre temerosos de enfrentarse a la Administración Pública, se propugna que el Ministerio Público pueda ejercer el recurso de anulación cuando haya mediado denuncia del interesado.

En este punto, cabe recordar que el ordenamiento jurídico venezolano prevé varias modalidades de participación del Ministerio Público como parte demandante en el proceso de nulidad.

Así, le corresponde al Ministerio Público *solicitar la nulidad de los actos administrativos de efectos generales* (artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) y, de otra parte, hállese facultado también para *demandar la nulidad de los actos de efectos particulares, contratos y convenciones de la Administración Pública, cuando ellos afecten un interés general* (artículos 111 y 121 *eiusdem*).



La legitimación activa otorgada por la Ley al titular del Ministerio Público, puede ser utilizada -en nuestra opinión- para desarrollar la participación de este Organismo ante la denuncia del interesado. Nótese, sin embargo, que cuando el acto es de efectos particulares, la eficacia de esta forma de proceder se encuentra condicionada a que resulte afectado un interés general.

Faltaría precisar entonces, si el cumplimiento de esta condición (afectación de un interés general) puede ser controlado por el Juez Contencioso Administrativo o si por el contrario, ello queda a la discreción del Ministerio Público. En obsequio de una participación cada vez más activa del Ministerio Público, creemos que esta segunda posición es la que debe prevalecer.

De otra parte, la posibilidad de que el Ministerio Público interponga acciones contenciosas administrativas, previa denuncia del interesado, no es una técnica ajena al derecho procesal administrativo venezolano, antes bien, el artículo 184 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal permite que los Fiscales del Ministerio Público demanden la nulidad de los contratos administrativos de venta de ejidos, cuando el Alcalde no ejerza las acciones necesarias para su defensa y rescate, siempre que *cualquier vecino* solicite su intervención, En efecto, la referida norma prevé:

"Cuando se compruebe que ejidos e inmuebles municipales o distritales en general, han sido enajenados con violación a lo dispuesto en la Constitución, leyes u ordenanzas, o son detentados sin justa causa o justo título, el Municipio o Distrito tomará las medidas pertinentes para el reconocimiento y rescate de su propiedad o posesión.

Cuando el Alcalde no ejerza las acciones necesarias para la defensa de tales bienes y derechos, cualquier vecino podrá solicitar la intervención de un Fiscal del Ministerio Público para que inste al Alcalde a actuar, y en caso de no hacerlo, iniciará el procedimiento de averiguación que corresponda, para el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar.

En determinados casos, el Ministerio Público se encuentra facultado para interponer el recurso de interpretación (vid. artículo 194 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

Y, finalmente, corresponde al Ministerio Fiscal intervenir en los procesos de nulidad de los actos de efectos particulares o generales en su condición de organismo encargado de velar por la exacta observancia de la Constitución y las leyes; intervención que ha sido prevista por los artículos 116 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

CUARTO: Se propone además, que el Ministerio Público participe como agente de control, ante el desistimiento del proceso administrativo. En este sentido, el Profesor González Pérez señala que, "Presentado ante el órgano jurisdiccional el escrito de desistimiento, debe oírse al Ministerio Público. Y solo si este considera que no existen razones para mantener la pretensión, procederá dictar el auto declarando terminado el procedimiento".

Sobre este particular, resulta oportuno recordar que el proceso administrativo venezolano permite al Juez seguir conociendo de aquellos recursos o acciones que hubieren sido desistidos, siempre que el acto impugnado viole disposiciones de orden público (artículo 87 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Obsérvese que, en estos casos, el control sobre el desistimiento del recurso es ejercido por el propio Juez de lo Contencioso Administrativo, quien -antes de impartir su homologación- deberá calificar la naturaleza de los vicios del acto recurrido y, si concluye en que los vicios acusados son de orden público, podrá continuar conociendo el recurso desistido.

De gran utilidad sería para nosotros que, antes de adoptar la decisión, el Tribunal de lo Contencioso solicitara la opinión del Ministerio Público, pues habiendo perdido interés el original accionante, si el Juez siguiera conociendo del asunto el impulso del proceso se trasladaría entonces a este Organismo.

QUINTO: La ponencia comentada contiene una novedosa propuesta para que el Ministerio Público intervenga en la fase de ejecución de los fallos condenatorios dictados contra la Administración. Cuanta falta nos hace en Venezuela algún tipo de intervención de esta naturaleza, cuando es tan frecuente que la administración se muestre remisa a incumplir los fallos del Juez contencioso.



III. EL DEMANDANTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

1.- Por lo que se refiere al actor o demandante en el proceso contencioso administrativo, el Profesor González Pérez nos enseña que la nulidad del acto puede ser solicitada -en España y otros países que han seguido su modelo- tanto por los particulares interesados como por la propia administración autora del acto.

Se trata, esté último caso, del recurso de lesividad, mecanismo procesal que permite a la Administración demandar la nulidad de sus propios actos, cuando -por derivar situaciones jurídicas subjetivas en favor de algún administrado- no pueden ser objeto de autotutela revisora.

En Venezuela no está previsto el recurso de lesividad, de allí que la Administración autora del acto no pueda aparecer como parte demandante (vid. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13 de agosto de 1988. Caso: Cememosá).

2.- El Prof. González Pérez, ha distinguido las diversas situaciones jurídicas que representan los grados de legitimación en el proceso contencioso administrativo.

A.- En primer lugar, como condición legitimadora de mayor intensidad, encontramos la *titularidad de la situación jurídica subjetiva* que ha sido modificada, extinguida o gravada por el acto administrativo.

B.- El segundo grado legitimador, también en orden de importancia, lo constituye el *interés individual* que resulta lesionado por la actuación del ente público.

C.- Como una tercera categoría de legitimación, el Profesor González Pérez advierte los llamados "*derechos plurales, colectivos y difusos*".

Ahora bien, en nuestro régimen procesal, la clasificación de los supuestos legitimadores para interponer el recurso de nulidad tiene sentido -únicamente- cuando el acto impugnado es de efectos particulares, pues si

el recurso versa sobre un acto de efectos generales *cualquier persona plenamente capaz* goza de legitimación para interponerlo.

En efecto, en contraste con las restricciones impuestas por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuando exige la afectación de un derecho o interés del recurrente, por parte del acto de efectos generales impugnado, la Jurisprudencia del Máximo Tribunal se ha encargado, primero, de rescatar el carácter popular de la acción de nulidad promovida contra actos de efectos generales, cuando tuviere como fundamento motivos de inconstitucionalidad (Sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 30 de junio de 1982. Caso: Pigna Rodríguez) y, en segundo término, de extender el referido carácter *popular* incluso a la acción de nulidad *por ilegalidad* de actos de efectos generales (Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 12 de febrero de 1987. Caso: Ramón Burgos Romero)¹.

Por lo tanto, hoy día debe afirmarse que la legitimación para recurrir de los actos de efectos generales está abierta incluso a los simples interesados, sea que la impugnación se base en razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, en los juicios de nulidad contra actos de efectos particulares, sí resulta útil la distinción entre los diversos grados de legitimación apuntada por el Profesor González Pérez.

En efecto, a tenor de la regulación transitoria contenida en la Ley Orgánica del Supremo Tribunal (art. 121), "la nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada *sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate*".

Obsérvese que la Ley venezolana consagra el recurso de nulidad contra actos de efectos particulares, sólo a favor de los sujetos que se encuentran en el segundo grado de legitimación, estos son, los que tienen *un interés individual en impugnar el acto de que se trate*. Ello merece dos precisiones:

PRIMERO: La legitimación para impugnar actos de efectos particulares se extiende, a fortiori, en favor de los administrados que resulten lesionados en sus *derechos subjetivos* por la actuación administrativa.

1. En contra de esta última tendencia, puede verse el Voto Salvado del Magistrado Dr. Luis Henrique Fariás Mata, en el expediente N° 5.178.



SEGUNDO: Como bien lo apuntó el Profesor González Pérez, citando a Brewer -epónimo de las presentes Jornadas- el interés legítimo aparece como la garantía, utilidad o provecho que pueda proporcionar alguna cosa, de modo que el del demandante y del reo, consisten en el beneficio que deba reportarles la decisión del pleito, ya sea haciéndoles adquirir o evitándoles perder.

Las dos circunstancias presentemente señaladas, han sido resumidas en sentencia de la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal de fecha 3 de octubre de 1985 (Caso: Iván Pulido Mora), en los siguientes términos:

“En el procedimiento contencioso administrativo (...) son admitidos a recurrir (...): de una parte *los titulares de derechos subjetivos administrativos*, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la Administración con el particular... Pero además detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los *interesados legítimos* (...) es decir aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentran en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”.

3.- También se nos ha indicado, que las entidades públicas gozan de legitimación activa para deducir pretensiones procesales frente a otras Administraciones, distinguiéndose -en este caso- dos supuestos: (1) Que la administración pública actúe como cualquier otro sujeto de derecho y (11) Que la administración pública actúe en defensa de sus potestades públicas.

Por lo que se refiere al primero de los casos -cuando la administración pública actúa como cualquier otro sujeto de derecho- observamos que no existe en nuestro país novedad alguna; de manera que el juicio contencioso administrativo de anulación se regula por las normas que informan la materia.

Distinto es lo que ocurre cuando el ente público demandante interpone el recurso en defensa de sus potestades públicas, pues, para esos casos, el legislador ha consagrado un específico mecanismo procesal: el conflicto de autoridades (artículo 42, numeral 221 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). En estos supuestos, la Ley (artículo 135 *eiusdem*)

tilda de *urgente* la controversia y autoriza al Juez Contencioso Administrativo a *sentenciar sin más trámites*.

IV. EL DEMANDADO

La brillante ponencia del Profesor Jesús González Pérez, nos advierte que en el juicio de anulación, la Ley Jurisdiccional Española reconoce condición de *parte* tanto la Administración autora del acto, como a los titulares de los derechos que del acto deriven, razón por la cual ambos deben ser emplazados en el proceso de nulidad, so pena de incurrir en indefensión.

1.- No existe en nuestro régimen adjetivo una norma similar al artículo 29.1 de la referida Ley Jurisdiccional. Sin embargo, los Tribunales del orden contencioso administrativo se han encargado de reconocer cualidad de parte a la Administración autora del acto impugnado. Así, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 11 de noviembre de 1982, enfatizó que " ... el autor del acto, esto es la Administración recurrida, debe ser calificada igualmente como parte necesaria aún cuando la ley no ordene su notificación en forma expresa, por cuanto es sobre su esfera que habrá de actuar el efecto de la sentencia requerida por el recurrente."

El emplazamiento *del ente público dotado de personería jurídica* (que no el órgano autor de la decisión) se logra mediante la notificación de la autoridad encargada de defender sus intereses. La cuestión no representa mayor problema cuando el autor del acto se inscribe en la Administración Pública Centralizada de la República y de los Municipios, toda vez que - en esos casos- la Ley obliga a notificar de la interposición del recurso al Procurador General de la República (artículos 116 y 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) o al Síndico Procurador Municipal (artículo _ Ley Orgánica de Régimen Municipal), respectivamente.

Las contradicciones aparecen cuando el acto impugnado no es atribuible a la República o a los Municipios pues, en esos supuestos la Ley no prevé fórmula de emplazamiento alguna que asegure el conocimiento de la acción o recurso por parte del ente público-persona jurídica, autor del acto impugnado. Tampoco la jurisprudencia ha suplido esta falta de regulación,



lo que hace dudar acerca de la solidez de la tesis que predica el carácter subjetivo del proceso de nulidad.

Esperamos que la evolución en esta materia, termine por aplicar las reglas del proceso ordinario para la citación del ente público demandado en el juicio de nulidad ya que -tal como lo ha reconocido la jurisprudencia española- la falta de emplazamiento causa indefensión al ente demandado y, en consecuencia, provoca la nulidad de todas las actuaciones.

2.- De otro lado, por lo que atañe a la condición de parte *de los titulares de los derechos que del acto deriven*, conviene hacer las siguientes precisiones:

PRIMERO: Nuestro régimen procesal reconoce la cualidad de *parte*, litisconsorte de la Administración demandada, a los titulares de los derechos que del acto deriven (arg.: artículos: 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; 88 *eiusdem*, en concordancia con los artículos 370, numeral 3º y 381 del Código de Procedimiento Civil).

SEGUNDO: La intervención del titular de los derechos que del acto deriven, produce un litisconsorcio pasivo voluntario. En efecto, tales sujetos intervienen, precisamente, con el propósito de defender los derechos que en su favor produce el acto impugnado y no -como ocurre con los terceros Intervinientes- para hacer valer las razones de la Administración recurrida.

Por ello, si la Administración demandada conviene en las pretensiones del accionante -lo que casi nunca ocurre en el proceso venezolano por virtud de la terca posición que de ordinario asume la Administración en orden al mantenimiento de sus actos ilegales- el juicio de anulación no termina, antes bien, el titular de los derechos que del acto deriven puede continuar en el proceso como única parte demandada.

TERCERO: Existe, sin embargo, una deficiencia en nuestro régimen procesal que se concreta en la *ausencia de emplazamiento especial para el titular de los derechos subjetivos que deriven del acto*.

Esta deficiencia tampoco ha sido corregida por la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso Administrativos, por el contrario, en la doctrina de esos órganos se advierte una tendencia contradictoria, pues a la par

que se reconoce la condición de *parte* de estos sujetos, se les somete a la misma forma de emplazamiento -mediante cartel publicado en prensa- de los terceros interesados. Así, mediante sentencia del 26 de septiembre de 1991 (Caso: Rómulo Villavicencio), la Sala Político Administrativa del Alto Tribunal señaló que "en el emplazamiento a los interesados, mediante un cartel, conforme se prevé en el artículo 125 (de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) ..., caben quienes ... tienen la misma condición de *parte legítima*, y los *terceros* que pudieran tener un interés indirecto...".

Ante este panorama, consideramos que hace falta admitir en nuestro país -como en su oportunidad lo hizo el Tribunal Constitucional Español- que la utilización del cartel, como medio de emplazamiento de los titulares de los derechos que del acto deriven, no cumple con las exigencias de defensa contenidas en el Texto Constitucional, debiendo aplicarse las normas sobre citación en el proceso civil.

CUARTO: *Excepcionalmente*, se ha reconocido que en los juicios de nulidad de actos esenciales para la validez de contratos administrativos -cuando el demandante es un tercero ajeno a la relación contractual- existe un *litisconsorcio pasivo obligatorio entre el ente público y el co-contratante*, de allí que ambos sujetos deban ser citados conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil (Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 23 de febrero de 1995. Caso: José Antonio Álvarez Castillo).

V. TERCEROS INTERVINIENTES

La distinción -destacada por el profesor González Pérez- entre los terceros que intervienen para *coadyuvar* a la Administración y el titular de un derecho derivado del acto impugnado, encuentra respaldo jurisprudencial y legal en el orden contencioso administrativo venezolano.

Útiles son, en este sentido, las apreciaciones de la Sala Político-Administrativa, contenidas en la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1991, conforme a las cuales:

" ... por la índole del procedimiento de anulación, las intervenciones excluyentes y forzadas, no son aplicables, limitándose entonces, el interés de la distinción entre los terceros que concurren a dicho procedimiento espontáneamente, porque en algunos supuestos son verdaderas *partes* y en otros simples *terceros*. En efecto, en



estos casos de intervención espontánea, el interviniente no introduce una pretensión incompatible con la que se discute en el proceso pendiente, sino que se limita a ayudar a una de las partes, y por esta razón, genéricamente, cabe calificar a este tipo de intervención de *adhesiva*. Sin embargo, según que el tercero alegue o no un derecho propio, o un simple interés, será o no una *verdadera parte*, o un *tercero adhesivo*.

El Máximo Tribunal distingue así entre la *parte adhesiva*, *litisconsorte voluntario de la Administración Pública*, que defiende un *derecho propio en el juicio de nulidad*, como sería el particular beneficiario del acto impugnado y los *terceros intervinientes* que -a diferencia de la parte adhesiva- no defienden un derecho propio, sino que acuden al proceso en mérito de un interés jurídico actual para defender las razones de algunas de las partes.

Estos terceros interesados siguen la suerte de la parte coadyuvada, razón por la cual, ante el desistimiento de la acción -si coadyuvan al recurrente- o el convenimiento -si coadyuvan a la Administración o a la parte adhesiva demandada- se extingue el proceso.

De este punto, precisamente, ha escrito y disertado en varias oportunidades el Prof. Linares Benzo, quien, con toda seguridad, siente la misma honra que yo por compartir esta actividad académica con el ilustre maestro González Pérez.

**LAS PARTES EN EL PROCESO,
TERCEROS INTERVINIENTES,
COADYUVANTES**



**LAS PARTES EN EL PROCESO,
TERCEROS INTERVINIENTES, COADYUVANTES**

**Por Gustavo José Linares Benzo
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela**

En primer lugar, quiero agradecer la enorme oportunidad que se me ha dado de poder comentar al maestro González Pérez, a quien debo la enseñanza fundamental que el Contencioso Administrativo es primero Derecho Procesal y luego Derecho Administrativo. Basta leer el índice del Derecho Procesal Constitucional o sus famosos comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos para percatarse de que el truco, el modo exacto de poder penetrar con éxito en el confuso mundo del contencioso, es darse cuenta de que es, ante todo, Derecho Procesal. Que las categorías procesales son imprescindibles para poder, de algún modo, desenredar la madeja de las sutilezas que la historia ha venido dejando encima del contencioso administrativo.

En ese sentido, voy a comentar los siguientes párrafos de la ponencia del profesor González Pérez publicadas en el libro editado por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo con ocasión de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carias":

"Los Ordenamientos jurídicos, al establecer la legitimación para decidir una pretensión de anulación suelen exigir la titularidad de un interés al que se añaden calificativos diversos. Los modos frecuentes son los de personal, legítimo y directo, como el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia venezolana. Por lo pronto, una precisión: la titularidad de un interés no legitima, o mejor, no debe legitimar tan solo, para deducir una pretensión limitada a la declaración de nulidad o anulación del acto frente al que se deduce la pretensión, sino que legitima para demandar del tribunal la anulación y la adopción de cuantas medi-

das y providencias fueren necesarias para la plena satisfacción del interés, condenando a la Administración pública a su ejecución y realización. Solo así puede hablarse de tutela judicial efectiva.

Hecha esta precisión, creo que los ordenamientos jurídicos deben huir de cualquier calificación del interés que debe concurrir en el demandante para poder demandar del Tribunal la sentencia declarativa o de condena que sea necesaria para su plena satisfacción. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia. Cuando esta es progresiva y congruente con la función que los Tribunales del orden contencioso-administrativo, tienen constitucionalmente confiada, por mucho que la ley matice y califique el interés, acaba reconociendo que la legitimación existe, siempre que el éxito de la pretensión represente para el demandante un beneficio de cualquier índole, sea moral o material. Como lo ponen de manifiesto la jurisprudencia española y venezolana.

En España, la LJ reconoce legitimación para demandar la declaración de no ser conforme a Derecho y, en caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración a los que tuvieren interés directo en ello (art. 28. 1.a). Deliberadamente, huyeron los redactores de las precisiones técnicas entonces de moda y que habían dado lugar a una copiosísima y contradictoria doctrina. Y se utilizó la expresión más simple de 'tener interés...en ello', esto es, en que se declare no conforme a Derecho la actuación administrativa frente a la que se reaccionaba. Cualquiera que fuera el interés. Aún presuponiendo que el interés exigido por la ley hubiera de ser 'directo, personal y legítimo', la jurisprudencia -así una sentencia de 28 de mayo de 1985- reconocerá que tal interés con las edificaciones señaladas 'existe siempre que puede suponerse que la declaración jurídica preconizada colocaría a los recurrentes en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico. o incluso de índole moral o derivado de una simple relación de vecindad'. La norma legal solo exigía que el interés fuere '**directo**'. Lo que fue esgrimido para censurar la ley y elogiar -por estimarse más amplia- la fórmula de la Constitución de 1978 (art. 24) al sustituir aquella palabra por la de interés '**jurídico**'. Cuando, en realidad, las sentencias dictadas a lo largo de los casi cuarenta años de vigencia de la ley han puesto de manifiesto que la norma del artículo 28.1.a no supuso en absoluto un obstáculo para que, al menos en este aspecto, quedase garantizada la tutela judicial frente a la Administración pública.



Y la jurisprudencia venezolana ha reaccionado en forma análoga. Ciertamente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 121, al regular la legitimación activa frente a actos particulares -a diferencia de la fórmula que utiliza para regular la legitimación frente a actos de efectos generales en su art. 112- la atribuye 'sólo' a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate. Que es la fórmula que ha reiterado la jurisprudencia de la antigua Corte Federal. Sin embargo, la jurisprudencia, aún presuponiendo esta fórmula, aún reiterando que no bastaba un simple interés para conferir legitimación, sino que había de ser 'legítimo', 'personal' y 'directo' -que alguna sentencia se ocupó cuidadosamente de definir- no ha dudado en reconocer que el interés legítimo aparece como la garantía, utilidad o provecho que pueda proporcionar alguna cosa, de modo que del demandante y del reo, consisten en el beneficio que deba reportarles la decisión del pleito, ya sea haciéndoles adquirir o evitándoles perder¹.

En los párrafos transcritos, el profesor González Pérez se refiere al interés individual. Tomándolos como base, trataré de discernir si presenta alguna utilidad en el sistema venezolano la categoría, que alguno de nosotros ha llamado esotérica, del interés legítimo, personal y directo. En otras palabras, si es imprescindible recurrir a esa fórmula confusa para poder acudir al contencioso, o si, por el contrario, podemos recurrir, como en cierto modo lo propone el profesor González Pérez, a las más sencillas y milenarias fórmulas procesales comunes que, por ejemplo, están en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil. El problema, en definitiva es, y ahí ejerce su modulación la presencia de una administración pública en el contencioso, si la figura típica del derecho subjetivo es suficiente para poder defender la esfera vital de los particulares o si es necesario recurrir a otra figura que sería, precisamente, esta confusa del interés legítimo, personal y directo.

Ese problema, trataré de abordarlo conforme al siguiente plan: En primer lugar y de modo muy sintético, relataré la historia del interés legítimo personal y directo en aquellos derechos de los cuales somos más tributarios, es decir Francia, España, Italia y Alemania. En segundo lugar, rela-

1. GONZALEZ PEREZ, Jesús: Las partes en el Proceso, Terceros Intervinientes, Coadyuvantes, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías". Ediciones FUNEDA, Caracas 1995, p.p. 175 y 176.

taré la misma historia en nuestro país, historia de la que ha sido protagonista básicamente la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En tercer lugar, concluiré sobre la utilidad o inutilidad del criterio del interés legítimo como legitimación para el contencioso. Finalmente expondré la conocida tesis del profesor García de Enterría de los derechos reaccionales la cual, en mi opinión, es la doctrina más acabada de justificación de la no necesidad del interés legítimo para entrar al contencioso. Dicha tesis encuentra perfecta cabida en el artículo 206 de la Constitución venezolana, verdadera maravilla de la que podemos estar plenamente orgullosos porque ya, en 1961, a sólo cinco años de la Ley Regulatoria de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, previó todos estos problemas y sigue plenamente vigente hoy, a casi treinta y cinco años de su promulgación. Comencemos, por tanto, con la primera parte, la historia del interés legítimo.

I

HISTORIA DE LA NOCIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO, PERSONAL Y DIRECTO EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente título se hará referencia a los sistemas francés, italiano, alemán y español en sus respectivos inicios. Se trata, si se quiere, de un ejercicio de "arqueología jurídica" ya que, si bien me referiré a principios ya superados, su análisis es indispensable para entender que la noción del interés legítimo no tiene cabida en Venezuela.

1. Francia.

Como ha señalado el profesor González Pérez y no me atrevería a señalarlo si no lo hubiera hecho él antes, el problema del interés legítimo es uno de los residuos de los enormes problemas que el Consejo de Estado francés tuvo que ir resolviendo para transformar un órgano de control de la puridad legal de la Administración, en un verdadero órgano de defensa de los administrados. Es así, (ahorrándome todo el periodo de la justicia retenida) como en la Ley del 24 de mayo de 1872 se le da base legal al recurso por exceso de poder junto con el de plena jurisdicción. El recurso por exceso de poder se perfila allí como un recurso objetivo, como un proceso al acto, "se abre proceso al acto como en la Edad Media se abría proceso a un cadáver", en esas rotundas frases de Hauriou.



A los efectos del presente comentario, lo que es decisivo para la historia de nuestro interés legítimo es el núcleo o el efecto básico de considerar que el interés necesario para actuar en el contencioso contra los actos emanados de la Administración, sólo podía lograr la mera nulidad del acto y ninguna otra condena posterior. Esto es sumamente importante retenerlo para ver y analizar nuestra historia concreta. La parte que va al contencioso en el recurso de exceso de poder actúa como un Ministerio público, llegó a decir Hauriou, es decir, actúa en interés de la legalidad. Un interés que es meramente un requisito de "seriedad" para no abarrotar a los tribunales como mencionó también el Dr. González Pérez, un requisito procesal y no de fondo. En definitiva, con el recurso de exceso de poder en sus comienzos, cuando no estaba en juego un derecho subjetivo, sólo se podía obtener la mera nulidad del acto.

2. Italia.

En Italia, más o menos por la misma época, las Leyes del 20 de marzo de 1865 y su Reforma de 1889, distinguen frente a la Administración dos tipos de acciones dependiendo de la presencia de derechos subjetivos ordinarios típicos o de intereses -aquí aparece la segunda palabra- **legítimos**. En Italia, esta división tiene un efecto práctico notable: cuando la contención con la Administración emana de la defensa de verdaderos derechos subjetivos, el tribunal competente es el ordinario, el tribunal civil ordinario; en cambio, cuando frente a la Administración se invoca un interés legítimo, actúa el Consejo de Estado.

A partir de allí, de finales del siglo XIX, los autores han expuesto infinitas teorías sobre el interés legítimo (ya el maestro González Pérez se refirió a la sutileza de los italianos para definir el interés difuso -yo diría ya, confuso-). Toda esa sutileza se usó con la máxima energía para tratar de definir el interés legítimo. Lo importante para este comentario, es que se establece la categoría del interés legítimo, aún cuando su definición ha sido explicada por las más diversas teorías. Por ejemplo, para el maestro Zanobini, el interés legítimo es la coincidencia del interés del administrado con el interés general.

3. Alemania

En Alemania el problema es distinto. Sus principales teóricos con Ihering a la cabeza, consideraban que sólo eran tutelables los derechos subjetivos. Jamás en Alemania ha podido pretenderse la tutela de intereses distintos a

los derechos subjetivos. Incluso en el artículo 19, ordinal 4º, de la Ley Fundamental de Bonn, hoy Constitución de Alemania después de la reunificación, en el cual se pretendió ampliar la protección judicial mediante la cláusula general de protección de la esfera vital de los particulares, en este ordinal se hace referencia a la palabra derechos y no interés. Lo anterior tendrá un efecto notable en la construcción de las teorías que dejan de un lado el interés y consideran que cualquier posición frente a la Administración es, en definitiva, un derecho subjetivo.

4. España.

En España, la Ley Santa Maria de Paredes de 1888 sólo atribuía tutela judicial a los verdaderos y completos derechos subjetivos; "lesión en derecho perfecto" llegó a decir la Ley Camacho del año siguiente, de 1889. Es sólo con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 27 de diciembre de 1956, que se establece que pueden recurrir al contencioso los que invoquen un interés directo en las resultas del juicio y los que invoquen, por supuesto, derechos subjetivos. De acuerdo a esta Ley, sólo cuando se invocara un derecho subjetivo podía solicitarse el restablecimiento de la situación jurídica infringida y pedir indemnizaciones o reparaciones de cualquier especie. Por el contrario quien acudiera a la jurisdicción contenciosa sobre la base única de un interés -y aquí aparece la palabra- directo, sólo podía pedir la nulidad del acto.

Vemos así como hasta lingüísticamente somos tributarios de cada uno de estos sistemas: las palabras utilizadas por el artículo 121 de la Ley de la Corte Suprema de Justicia para calificar el interés para recurrir podemos decir que se derivan de esos tres sistemas: interés de Francia, legítimo de Italia y directo de España; el personal lo inventamos nosotros. Sin embargo, cuando relatemos nuestra historia, veremos que de esa configuración no practicamos los efectos que cada uno de estos sistemas produjo en su momento: en Francia el interés sólo podía resolverse en nulidad y no en restablecimiento; en Italia la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo tiene un efecto práctico en cuanto a las jurisdicciones competentes: los derechos subjetivos eran tutelados por los tribunales ordinarios y los intereses legítimos por el Consejo de Estado; en Alemania no tutelaban intereses sino sólo derechos, y en España, igual que en Alemania, el interés sólo podía resolverse con nulidad, ya que el restablecimiento de situaciones jurídicas infringidas estaba previsto sólo para quien invocara un derecho subjetivo.



II. HISTORIA DE LA NOCIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO, PERSONAL Y DIRECTO EN VENEZUELA

¿Qué ha pasado en nuestro país? En mi opinión y no tomando en cuenta las normas de la Ley de la Corte Federal y de Casación derogada por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hay cuatro sentencias esenciales que relatan cronológicamente la historia de la noción del interés legítimo, personal y directo en nuestro país. Esas sentencias son las denominadas Moreau Meyer del 6-2-64, Azulejos Maracay del 20-7-65, Ivan Pulido Mora I del 3-10-85 y, en cuarto lugar, la sentencia Rómulo Villavicencio del 26-9-91. Si comparamos la doctrina jurisprudencial de estas sentencias con el bagaje de los derechos de los cuales somos hasta lingüísticamente tributarios, veremos que hemos caminado por senderos bien distintos a los senderos de estos países pioneros en el contencioso.

1.- El caso Moreau Meyer es el de la Fuente de Soda El Tolón, primer comercio que se instaló en Las Mercedes (alrededor del año 1982). En esa sentencia se dijo que el señor Meyer quien era vecino del Tolón, no tenía interés en demandar la nulidad de la rezonificación del inmueble donde sigue estando esa Fuente de Soda, ya que había invocado -única y exclusivamente- la legalidad. De acuerdo con la sentencia, la obligación de la Administración de respetar la legalidad no es suficiente como interés para acudir al contencioso. Para hacerlo era imprescindible que se produjera un perjuicio de orden material o moral en la esfera del administrado.

En esa oportunidad, la Sala Político Administrativa dispuso expresamente:

“Tal criterio concuerda plenamente con principios mantenidos en los ordenamientos jurídicos que admiten el proceso contencioso de anulación, en los que se exige que el demandante ostente un interés; pero un interés que reúna ciertos requisitos, tales como interés personal, directo y legítimo. Con esta exigencia -que la acoge plenamente el Código de Procedimiento Civil venezolano en el artículo 14- se trata de evitar que cualquier persona pueda molestar a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con una pretensión respecto de la que no tenga interés alguno. De aquí la diferencia que se observa, en cuanto a la legitimación activa, entre los recursos de anulación por ilegalidad o abuso de poder y los recursos de nulidad de actos de carácter general: leyes, reglamentos,

ordenanzas, los cuales pueden ser impugnados por la vía de la acción popular, ejercida libremente por cualquier ciudadano que se encuentre en el pleno goce de sus derechos, esto es, que tenga capacidad procesal.

Según lo expuesto, siempre que exista un interés determinado y directo, de cualquier clase que sea, existe legitimación para demandar la anulación de un acto administrativo por ilegalidad o abuso de poder.

Así lo ratifica expresamente la doctrina al sostener que el recurso por exceso de poder puede ser intentado únicamente por aquellas personas, naturales o jurídicas, que tengan interés en la anulación del acto impugnado. El interés, en tales casos, puede ser material o moral, individual o del grupo del cual forma parte el recurrente; pero no es suficiente para intentar el recurso invocar el derecho que tiene todo ciudadano a que la administración respete la legalidad.

Por consiguiente, por muy amplio que sea el sentido que quiera darse al concepto de interés para los efectos de la legitimación activa en materia de contencioso-administrativa, resulta indudable que no se puede entender exista tal legitimación por el hecho de que cualquier ciudadano quiera que la Administración pública obre con arreglo a la Ley." (Subrayado nuestro)

Mas adelante la Sala estableció:

"Tal elemento probatorio, además de ser inapreciable por impertinente, ya que no corresponde a ningún alegato del libelo, resultaría en todo caso insuficiente para acreditar que el actor, no obstante habitar frente al establecimiento indicado, experimenta algún perjuicio de orden material o moral. (Subrayado nuestro).²

2. En el caso de la sentencia Azulejos Maracay del 20 de julio de 1965, los vecinos de una calle que había sido arrendada a un particular acudieron al contencioso, a fin de lograr la anulación de ese arrendamiento que impedía el acceso a sus casas. Si bien la Sala anuló el acto por vicios procedimentales, lo importante es que consideró legitimados a los vecinos en vista del perjuicio que se les causaba.

3. Llegamos así a la sentencia líder en materia de legitimación: el caso Ivan Pulido Mora vs. Contraloría General de la República decidido en fecha 3-10-85. El señor Iván Pulido Mora acudió ante la Contraloría General de la República a solicitar la apertura de una investigación admi-

2. Sentencia de fecha 6-2-64 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia consultado en *Tendencias de la Jurisprudencia Venezolana en Materia Contencioso Administrativa*, Trabajo de las 8a. Jornadas "Dr. J.M. Domínguez Escovar", Enero 1983.



nistrativa referente al supuesto incumplimiento de la Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela, según la cual, debían ingresar al Fondo de Inversiones de Venezuela un determinado porcentaje de los ingresos petroleros. La Contraloría establece que no había lugar a la investigación administrativa e Iván Pulido Mora recurrió ante la Corte Suprema de Justicia. La Sala Político Administrativa determinó que el Dr. Pulido Mora no tenía interés para recurrir porque ningún perjuicio personal y directo se le causaba con la decisión. Es en este fallo, donde con más intensidad y con mayor largueza se desarrolla el tema del interés, de la definición del interés legítimo; es en este fallo donde se encuentra la famosa frase de que el interés legítimo, personal y directo requerido según el artículo 121 de la Ley de la Corte Suprema de Justicia, es una especial situación de hecho que hace al administrado más sensible que al resto de la población a los efectos del acto de que se trate. Esta sentencia es el caso líder en materia de legitimación ya que establece, además, una gradación en las posibles legitimaciones que existen en el derecho venezolano. Deja claro, así mismo, que los interesados en el procedimiento no contencioso, también pueden acceder al contencioso siempre que reúnan las mismas condiciones.

En cuanto al interés legítimo, la Corte expresamente señaló:

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

ción de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. Mas, aun permitiendo el acceso de los interesados legítimos -quienes aparecen en el proceso como defensores del interés general vulnerado por una actuación administrativa- se trata, sin embargo, todavía, de un sistema de recursos 'subjetivo', pues se protege la integridad de la norma sólo en función de las situaciones jurídicas subjetivas igualmente alteradas.”³ (Subrayado de la Sala).

4. Y llegamos a la sentencia Rómulo Villavicencio del 26-9-91. El caso es el siguiente: el Consejo de la Judicatura inició una averiguación contra un juez de Primera Instancia en lo Penal y Salvaguarda del Patrimonio Público, denunciado por el abogado Rómulo Villavicencio, quien se consideraba lesionado por la conducta del mencionado juez. Tal averiguación se resolvió con la destitución del referido juez, quien intentó el correspondiente recurso de nulidad. Rómulo Villavicencio se opuso a la admisión del recurso, y el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa declaró inadmisibles las oposiciones. Villavicencio apeló, fue negado el recurso y ocurrió de hecho ante la Sala. La sentencia citada resuelve la cuestión afirmando que Rómulo Villavicencio sí tenía legitimación para intervenir en el proceso, incluso como verdadera parte.

La doctrina tradicional de la Sala Político-Administrativa en materia de legitimación, a la que hemos hecho referencia se encuentra resumida en la precisión que hace la sentencia Rómulo Villavicencio al respecto. En efecto, como bien resume ese fallo:

“Esta Sala ha precisado de la interpretación concordada de los artículos 121 y 111 de la LOCSJ, que la legitimación activa en los medios de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, viene dada por las situaciones jurídicas individuales, determinadas en unos casos por la titularidad de derechos subjetivos y en otros, por la de intereses legítimos, según que la relación con la administración sea un vínculo previo “interindividual” (**derecho subjetivo**), o surja de una concreta actuación administrativa, que afecte una especial situación de hecho de deter-

3. Sentencia de fecha 3-10-85 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, consultada en *Revista de Derecho Público*, N° 24, p.p 156 y ss.



minado o determinados particulares (**interés legítimo**) (Vid. SPA); sentencia de fecha 03-10-92, caso **Iván Pulido Mora**: de 06-02-84, caso **Fuente de Soda Tolón** y 20-07-65 caso **Azulejos Maracay** (Subrayados de la Sala) ⁴.

Como puede verse, Rómulo Villavicencio recoge expresamente la tradición de la Sala en materia de legitimación activa en el recurso de nulidad de actos de efectos particulares, cuando cita las tres sentencias líderes en la materia: **Azulejos Maracay**, **Fuente de Soda Tolón** e **Iván Pulido Mora**.

Retomando aquí el examen de los sistemas de legitimación en el Derecho venezolano que hace la sentencia Iván Pulido Mora, pueden extraerse tres categorías de posiciones subjetivas que dan acceso a determinadas jurisdicciones:

- I) **el derecho subjetivo** ya sea de indole privada o pública, propio del Derecho Privado y del contencioso-administrativo, respectivamente.
- II) **el interés ample**, correspondiente a cualquier persona capaz, venezolana o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, que da acceso a los recursos de inconstitucionalidad de actos de efectos generales y,
- III) **el interés legítimo**, especial situación de hecho frente a la infracción del ordenamiento jurídico por la Administración, que **habilita** para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para acceder a esta última jurisdicción, que es lo que nos interesa, según Iván Pulido Mora, es necesario invocar un derecho subjetivo o un interés legítimo, siendo insuficiente el simple interés.

¿Cuál es innovación de la sentencia Rómulo Villavicencio? Expresamente, como establecimos anteriormente, esa decisión comparte la doctrina de Iván Pulido Mora, al citarla expresamente; se trata de un complemento de la doctrina mantenida por la Sala. En efecto, Villavicencio, expidiéndose sobre el problema de la intervención de terceros en el procedimiento de

4. Páginas 6 y 7 del texto consultado en original.

nulidad, considera que es necesario acudir a la regulación de derecho común (el CPC) para resolver lo que a su juicio es una laguna en la Ley de la Corte: de acuerdo con Rómulo Villavicencio, las normas de esa ley solo regulan la intervención de las partes, y no la de terceros.

Sobre la base del Derecho Procesal, aplicable de acuerdo con el artículo 88 LOCSJ, el fallo comentado distingue básicamente entre la intervención de terceros que ostentan el carácter de partes y la de los terceros adhesivos simples⁵. Será parte si alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del PC, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés⁶. Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros Intervinientes cuyo carácter en juicio sea el de verdaderas partes.

La sentencia continua afirmando rotundamente, sobre la base de Iván Pulido Mora, que en contencioso-administrativo:

“parte accionante o recurrente es el **titular de un derecho subjetivo frente a la administración, o de un interés legítimo lesionado por la actividad de este**” (subrayado nuestro)⁷.

Es decir, que **tanto la invocación de un derecho subjetivo como la de un interés legítimo catalogan de parte a quien invoque esa legitimación** en un recurso de nulidad de un acto de efectos particulares. Como en el caso concreto que esa sentencia decidió, el abogado Rómulo Villavicencio invocaba derechos propios, era una verdadera parte; a pesar de que estaba interviniendo como tercero, en vista de la eficacia directa de la cosa juzgada de la decisión que recaería en ese proceso: esa decisión sería también la de su propia situación jurídica⁸.

En resumen, quien alega derechos subjetivos o intereses legítimos en un recurso de nulidad de un acto de efectos particulares, aún si actúa como tercero, es una verdadera parte, pues sobre su situación jurídica recaerá directamente la eficacia de la cosa juzgada de la decisión definitiva del asunto. Literalmente:

5. Página 5 del texto consultado en original.

6. Página 6 del texto consultado en original.

7. Página 7 del texto consultado en original.

8. Páginas 10 y 11 del texto consultado en original.



“Aquellas personas que pueden hacerse parte, distintas al accionante, en el procedimiento de anulación, por reunir las mismas condiciones exigidas para éste, es decir, de **interesado** (titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos) conforme a los artículos 137 y 121 de la LOCSJ, **no son** terceros”⁹.

La novedad del fallo está aquí: la **disciplina de los terceros adhesivos simples en el juicio de nulidad de los actos de efectos particulares. Sin alterar la doctrina tradicional de la legitimación de las partes** (titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos) construye el tratamiento que debe dársele a aquellos otros intervinientes que **no alegan ni derechos subjetivos ni intereses legítimos**, sino un interés indirecto, “derivado de la unión o dependencias que presenten sus derechos o intereses con la relación deducida en el proceso”, de acuerdo con lo que ya pacíficamente nuestro Código de Procedimiento Civil y la doctrina procesal civil viene aceptando.

Después de **Rómulo Villavieencio**, pues, el catálogo de posiciones subjetivas aumenta con una nueva categoría, además de las mencionadas supra: i) interés simple del recurso de inconstitucionalidad de actos de efectos generales. ii) de derechos subjetivos, públicos o privados y iii) intereses legítimos frente a la Administración, aparece iv) **el interés del tercero adhesivo simple**, regulado en el ordinal 3 del artículo 370 del CPC y sobre el que abunda la sentencia comentada.

En lo que se refiere al presente comentario, la parte decisiva de la sentencia es la que señala: “parte recurrente en el contencioso es el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo lesionado”. En otras palabras, y este es el gran descubrimiento, la gran realidad que en mi opinión hace inútil el concepto de interés legítimo en nuestro país, es que no existe ninguna diferencia entre la condición de quien invoca un derecho subjetivo y de quien invoca un interés legítimo ante la jurisdicción contencioso administrativa venezolana: ambos, tanto quien invoca un derecho subjetivo como quien invoca un interés legítimo puede hacerlo todo, puede demandar, puede actuar, puede -sobre todo- recibir una sentencia que no sólo anule el acto de que se trata, sino que restablezca la situación jurídica infringida por el acto.

9. Página 13 del texto consultado en original.

III.
INUTILIDAD DE LA NOCIÓN DEL INTERÉS
LEGÍTIMO, PERSONAL Y DIRECTO EN VENEZUELA

En consecuencia, todo el bagaje anterior del derecho comparado se hace inútil en nuestro sistema, porque si el que ostenta un derecho subjetivo y el que ostenta un interés legítimo puede solicitar tanto la nulidad como el restablecimiento de la situación jurídica infringida (como lo dice expresamente el artículo 206 de la Constitución y el 131 de la Ley de la Corte), entonces no hace falta hablar de interés o derecho subjetivo como hacia falta en Francia y en España en los inicios en virtud de que quien invocaba el derecho subjetivo podía pedirlo todo, mientras que quien sólo invocaba el interés legítimo solo podía pedir la nulidad del acto. En Venezuela uno y otro pueden pedirlo todo, por lo que las dos figuras son exactamente iguales a este respecto. En segundo lugar, tampoco se da la utilidad que tenía la distinción de conceptos en Italia, porque en Italia quien invocaba un derecho subjetivo iba al tribunal ordinario, quien invocaba un interés legítimo acudía al Consejo de Estado. En Venezuela, unos y otros, siempre y cuando se trate de la actuación de alguna Administración pública, van al contencioso administrativo.

En consecuencia, ¿qué diferencia hay entre un derecho subjetivo y un interés legítimo, personal y directo tal como establece el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia? Ninguna. No existe absolutamente ninguna diferencia práctica: cualquiera que sea la titularidad que ostente quien va al contencioso en el sistema venezolano, puede obtener y pedir las mismas cosas, actuar del mismo modo, probar de un modo exactamente igual.

En definitiva, la categoría del interés legítimo es, en el mejor de los casos, inútil, porque toda la disquisición a que hemos tenido que referirnos no lleva a ninguna conclusión. Las posiciones de unos y otros son exactamente iguales, pueden pedir lo mismo y pueden actuar del mismo modo. Es peligrosa porque puede hacer que la jurisdicción contenciosa se olvide de lo esencial que, como dijo tantas veces el maestro González Pérez, es la tutela judicial efectiva. Y, por último lugar, es confusa porque no sigue las clarísimas normas de uno de los mejores artículos de nuestra Constitución que es el artículo 206, el cual con una visión extraordinaria del tiempo y adelantándose a toda esta disquisición, jamás usa la palabra



derecho en el sentido de derecho subjetivo, sino que expresamente garantiza el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas sin distinguir si ese restablecimiento se le debe a quien tiene el derecho subjetivo o a quien tiene un interés legítimo. Hay pues, una sola titularidad y eso ha tenido además una reafirmación notoria, con esa especie de explosión nuclear del contencioso que ha sido el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debida al maestro Brewer que ha convertido todos los derechos constitucionales en la materia más ordinaria del contencioso. Con esa configuración del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, de protección de todos los derechos subjetivos constitucionales en materia del contencioso, ya la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo desaparece.

IV.

CONCLUSION: TEORIA DE LOS DERECHOS REACCIONALES

La tesis anterior que, a mi parecer, recoge toda la historia del contencioso venezolano, la compara con la historia de los derechos de que somos más tributarios y concluye que las importaciones que hemos hecho no son necesariamente convenientes, tiene una sólida justificación jurídica en una de las más brillantes construcciones teóricas, que he podido conocer, que es la teoría de los derechos reaccionales del profesor García de Enterría. García de Enterría¹⁰ parte del concepto básico del Estado de Derecho según el cual las leyes son el límite de la libertad; a diferencia de las leyes en el Régimen del Estado Absoluto las cuales eran un instrumento más del Rey. En nuestra Constitución, ese principio está recogido en el artículo 117 de la Constitución según el cual las leyes determinan las potestades del poder judicial. Las determinan significa que las limitan, ya que fuera de las potestades que la ley expresamente concede a la Administración, esta nada puede hacer. Siendo las leyes, leyes que garantizan la libertad, su violación daña la situación jurídica subjetiva de los particulares. Es por ello, que el elemento nuclear de toda la legitimación, como dijo el profesor González Pérez, es el perjuicio. De acuerdo a la jurisprudencia citada el perjuicio es el beneficio que debe reportarle a alguien la decisión del pleito, ya sea haciéndolo adquirir o evitándole perder. Esto perfecta-

10. Esta teoría se expone en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*, Editorial Curtes S.A., Madrid 1986, p.p. 47 a 54.

mente lo podría decir Calamandrei y Chiovenda en derecho procesal civil. En nuestro país lo podría decir Rengel o Fuenmayor o cualquiera de nuestros procesalistas. Es decir, a medida que avanzamos, por qué seguir con las sutilezas y disquisiciones ya abandonadas en otros sistemas entre intereses legítimos y derechos subjetivos. El interés para recurrir proviene de un derecho reaccional porque solo nace cuando se viola mi esfera vital al violar la ley.

“Si antes de que esa lesión o perjuicio se produjesen no existía más que un derecho abstracto de libertad, de libre desenvolvimiento (artículo 10, 11 de la Constitución), de integridad del propio círculo vital, salvo en cuanto puedan afectarle prescripciones legales (en modo alguno, pues, un derecho a la observancia por la Administración de la legalidad objetiva), el hecho mismo de la producción de la lesión o perjuicio, cuando éste es ilegal o producido infringiendo la Ley, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el derecho (que la atribución de la acción revela) a la eliminación de ese perjuicio, un derecho de defensa o protección (Abwehrrecht: RUPP, HENKE). Es lo que en la caracterización de ROUBIER se llamaría una 'situación reaccional', que este autor explica de esta manera: antes de la infracción no existiría un derecho subjetivo propiamente tal, sino un simple deber impuesto por la Ley al otro sujeto (aquí el deber de la Administración de respetar, de no interferir el ámbito vital de los ciudadanos sino legalmente); pero una vez el deber violado o infringido surge ya un verdadero derecho subjetivo, el de reparación o de restitución, que obliga a reintegrar al otro sujeto en la esfera de deber transgredida y a reparar, en su caso, el perjuicio que esa transgresión ha podido causar al dañado”¹¹.

Sólo cuando se produce la lesión, surge este derecho reaccional, del mismo modo que es un derecho reaccional el derecho a pedir la responsabilidad extracontractual. Jamás yo podré ir a un tribunal a pedir que no me choquen, esa acción no existe. La acción nace cuando me chocan el carro. Es decir, no estamos ante un concepto esotérico sino perfectamente conocido. Tampoco podría nadie acudir ante un juez a solicitarle que exija a sus competidores que no vendan por debajo del precio; sólo cuando vendan por debajo del costo es que nace ese derecho.

11. García de Enterría, *op. cit.*; pág. 51.



En conclusión y de este modo llegamos a construir, sin necesidad de recurrir a conceptos importados que responden a unas categorías históricas distintas a nuestro medio, la identidad legitimadora del interés legítimo, personal y directo del artículo 121 de la Ley de la Corte y el derecho subjetivo. Poco importan los nombres, ya que lo decisivo es el acceso al contencioso para lograr la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

**ACCIONES
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS.
CONTENIDO Y CLASES DE SENTENCIAS**



**ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS.
CONTENIDO Y CLASES DE SENTENCIAS**

**Por
Consuelo Sarria Olcos
Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad del Externado de Colombia.
Magistrada del Consejo de Estado. Bogotá**

En un Estado de Derecho, el ejercicio de las funciones que sus autoridades realizan para lograr los fines que de él se predicen, están limitadas por el principio de legalidad, y para que éste sea una realidad, uno de los mecanismos de control, que se considera como el más efectivo, es el control judicial de la actividad administrativa.

El proceso contencioso administrativo es la vía a través de la cual los administrados pueden obtener una decisión judicial, respecto de una acción o de una omisión de quien ejerce la función administrativa propia del Estado.

Para desencadenar el proceso contencioso administrativo el interesado cuenta con *las acciones*, a través de ellas solicita a la autoridad competente que se juzgue la actividad administrativa y al ejercerlas inicia el proceso administrativo a través del cual el juez correspondiente, luego de oír a las partes y de la etapa probatoria llega a producir un juicio respecto de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, la cual estará contenida en *una sentencia*.

En otros términos, el proceso se inicia con el ejercicio de la acción y culmina con la sentencia. A estos dos extremos del proceso contencioso administrativo se refiere el presente trabajo.

I

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

Tan importante en el campo jurídico es el tema relativo a las acciones, que desde la época de los romanos se planteaba que *las relaciones jurídicas no generaban ninguna clase de derechos, si la ley no otorgaba un medio capaz de hacerlos efectivos* y por ello para JUSTINIANO el derecho se dividía en personas, cosas y *acciones*.

Sin entrar a profundizar sobre las diferentes teorías que, especialmente en el campo del Derecho Procesal, se han elaborado en relación con los aspectos relativos a las acciones, y en especial, con su naturaleza y su clasificación, es del caso precisar algunos conceptos generales, para luego analizar el tema, específicamente referido a *las acciones contencioso administrativas*.

1. Teoría Clásica de la Acción

Según la que se conoce como la teoría clásica de la acción, ésta es un elemento del derecho material subjetivo, es un derecho, que según Savigny, nace de la violación de ese derecho material subjetivo, el cual la tiene como elemento integrante de su contenido y la acción es, simplemente, el instrumento mediante el cual se hacen efectivos en juicio, los derechos sustanciales. Es el *ius perseguendi iudicio*.

Sigue esta teoría el concepto del derecho romano, en el cual la posibilidad de hacer valer los derechos subjetivos forma parte y es inescindible del derecho material; si hasta se llegó a afirmar, que hablar de derecho y acción es un pleonismo, porque necesariamente el derecho implica la acción para hacerlo realidad.

Este planteamiento, propuesto con fundamento en los antecedentes mismos del derecho romano, fue objeto de cuestionamiento por cuanto es posible la existencia de la acción y aún del proceso, sin que exista violación alguna de derechos sustanciales y sin que exista litigio entre dos sujetos de derecho y aún, sin que quien la ejerce tenga el derecho material que pretende hacer efectivo, tal como sucede cuando, luego de ejercida la acción y surtido el proceso, éste culmina con una sentencia adversa para quien la ejerció, por cuanto a juicio del juez no es el titular del derecho alegado.



Entendida la acción como un elemento del derecho material para hacerlo efectivo, según la teoría clásica, se ejerce enfrente de quien tiene la obligación correlativa, es decir el demandado, lo cual no es exacto, toda vez que el derecho de acción se hace valer ante el Estado para obtener un pronunciamiento judicial y el derecho que se ejerce enfrente al demandado es el derecho material.

2. Teoría Moderna de la Acción

Los cuestionamientos referidos hicieron que se fuera abandonando la teoría clásica de la acción y que a partir de la polémica que se planteó en el derecho alemán, entre los juristas MUTHER Y WINDSCHEID, en relación con los términos *actio*: acción, de origen latino, y *anspruch*: pretensión, de origen germánico, se propusiera, a partir de mediados del siglo XIX, la que se ha denominado la *teoría moderna de la acción*.

Según el último de los autores germanos citados, los términos acción y pretensión se refieren a conceptos diferentes, toda vez que la acción goza de autonomía enfrente al derecho sustancial y, por lo tanto, no requiere del derecho material, ni de su violación para su existencia.

Con fundamento en dicha afirmación, se han elaborado diversas definiciones de la acción.

En efecto, para algunos es una simple facultad del derecho a la personalidad (Kohler), para otros es un derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado (Muther, Wach y Kisch), se considera también como un derecho concreto autónomo, potestativo y privado (Chiovenda), como un derecho subjetivo, procesal, abstracto y público para el cumplimiento del proceso (Carnelutti), o como el derecho a pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional para la confirmación o la realización coactiva de los intereses protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo (Rocco), o el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión (Couture), o como un poder y no un derecho (Santi Romano) ¹.

1. Citas tomadas del Compendio de Derecho Procesal. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tomo I, Quinta Edición, Editorial ABC. Bogotá: 1976, pp. 155 y ss.

Independientemente de los diferentes enfoques que en el campo del Derecho Procesal se han dado al concepto y a la naturaleza jurídica de la acción, se unifica el criterio al considerarla como *un derecho autónomo, independiente del derecho material, el cual no puede confundirse ni con la pretensión, ni con el derecho material, ni con el proceso mismo y que constituye un derecho público, subjetivo, individual y abstracto, que tiene toda persona, que se ejerce frente al Estado, el cual es su sujeto pasivo, para proteger el interés público y el orden jurídico, a través de un proceso que culmina con un pronunciamiento judicial*².

3. Los conceptos de Acción y Pretensión

Precisado así el concepto de la acción, resulta necesario hacer algunas referencias al concepto de *pretensión*, para efectos de distinguirlos claramente.

La pretensión esta conformada por lo que se solicita a través de la acción, *es el efecto jurídico perseguido por el accionante a través del proceso, al cual se encuentra vinculado el demandado, si lo hay.*

Si se tienen en cuenta los elementos (sujetos, objeto y causa) de la acción y los de la pretensión surge claramente su diferenciación, así:

- a) mientras en la acción los sujetos son el accionante y el Estado, en la pretensión lo son el demandante y el demandado;
- b) el objeto de la acción es la sentencia, y de la pretensión lo es la sentencia *favorable* y,
- c) la causa de la acción la constituye el interés para ejercerla, y la de la pretensión los hechos y las normas jurídicas en que se fundamenta.

Por todo lo anterior se puede afirmar que, *la acción es el instrumento que tiene toda persona, como un derecho público y abstracto de acudir al Estado para hacer valer una pretensión, la cual es la expresión específica*

2. En este sentido ver DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. cit, pp. 164 y ss., y MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Novena Edición, Editorial ABC. Bogotá: 1985, pp. 133 y ss.



de ese derecho. Es la posibilidad que tienen enfrente al Estado quienes tienen o quienes no tienen un derecho específico, respecto del cual buscan un pronunciamiento.

Y ese derecho público y abstracto emana de los respectivos ordenamientos fundamentales de los países, en cuyas normas constitucionales se consagra genéricamente el derecho de petición, del cual es una especie, el derecho de acción.

4. Posibilidad de clasificar la Acción

De conformidad con la teoría moderna, según la cual, la acción es un derecho abstracto y público que busca iniciar un proceso, para obtener un pronunciamiento jurisdiccional, respecto de una pretensión, no es posible elaborar ninguna clasificación, toda vez que se trata de un *concepto unívoco*.

Sin embargo, se encuentran diferentes clasificaciones respecto de la acción, pero siempre teniendo en cuenta aspectos externos al derecho que hemos definido.

En efecto, en referencia al *derecho material* que se pretende discutir a través de un proceso, que culmine con una sentencia se habla de acción de dominio, acción posesoria, acción sucesoria, etc.

Desde el punto de vista procesal, si se considera *la jurisdicción ante la cual se ejerce* se hace referencia a acciones civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, eclesiásticas, etc.

Según *el proceso que originan* se califican las acciones de ordinaria y especial, sumaria, contenciosa o voluntaria, represiva o preventiva.

En relación con *el fin perseguido* se proponen las acciones públicas o privadas, de conocimiento o ejecutiva y las de conocimiento, a su vez podrán ser dispositivas o declarativas, de condena y de declaración constitutiva y cautelares.

En cuanto a los *poderes del juez* y a la pretensión que se pretende hacer valer, la acción puede ser de nulidad o de plena jurisdicción.

5. La Acción en Materia Contencioso-Administrativa

A. Aspectos Generales

Desde hace más de un siglo EDOUARD LAFERRIERE en su Tratado de la Jurisprudencia Administrativa, precisó cuatro categorías en materia contencioso administrativa, a saber: contencioso de plena jurisdicción, contencioso de anulación, contencioso de interpretación y contencioso de represión.

En términos similares se ha hecho referencia a las diferentes acciones a través de las cuales los administrados pueden obtener un pronunciamiento judicial, respecto de sus intereses enfrente del Estado.

Se habla de *acciones contencioso-administrativas*, con un criterio no ortodoxo, de acuerdo con lo comentado en acápite anteriores, en los cuales se precisó que la acción es un concepto unívoco, sino por el contrario, considerando que se trata del derecho de acción ejercido para obtener un pronunciamiento del juez competente para juzgar *la actividad administrativa del Estado*, respecto de una pretensión específica y previo un proceso.

Esas son las que genéricamente se denominan como acciones contencioso-administrativas. Pero nótese que se utiliza el plural porque, ellas, a su vez, se clasifican teniendo en cuenta la pretensión específica respecto de la cual se busca el pronunciamiento judicial, y tradicionalmente se hace referencia a la acción de nulidad o contencioso objetivo, cuando se busca la anulación de un acto administrativo; a la acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, cuando además de la anulación del acto se pretende el restablecimiento del derecho vulnerado o una indemnización de perjuicios; la acción indemnizatoria, cuando lo que se solicita es directamente el resarcimiento de un daño causado por la actividad o por una omisión de la administración; a la acción de interpretación, si se pretende es el adecuado entendimiento de un acto o contrato por parte de la Administración, clasificación que, por lo demás, encaja dentro de la que tradicionalmente se hace, ya en el campo de Derecho Procesal, en acciones constitutivas, declarativas o de condena, en referencia a los efectos que se obtienen, al ser decidida la controversia en ellas originada.



Por otra parte, y con un criterio más riguroso desde el punto de vista jurídico, en lugar de clasificar las acciones, se precisa la clasificación de las *pretensiones procesales administrativas*, que se hacen valer en ejercicio de la acción, a través de un proceso, que culmina con un pronunciamiento judicial en relación con la actividad administrativa³.

Y también se afirma que existen diferentes acciones que, aunque no se encuentren expresamente consagradas en el ordenamiento jurídico, se deducen de las pretensiones del actor y cuya admisibilidad se condiciona a requisitos diversos. Así, en el derecho alemán la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa General regula expresamente una serie de acciones, pero no agota todas las posibilidades de impetrar justicia que tienen los administrados y por lo tanto deberán admitirse otras acciones no previstas por el legislador. Las expresamente consagradas en el derecho germano son:

- a) la impugnatoria o de anulación, *Anfechtungsklage*,
- b) la de condena a dictar un acto, *Verpflichtungsklage*,
- c) la demanda general de prestación, *allgemeine Leistungsklage*,
- d) la declarativa, *Feststellungsklage*, y
- e) el procedimiento para el control de normas, *Normenkontrollverfahren*.

La anterior no es una enumeración taxativa, "en el proceso contencioso no hay, pues, *numerus clausus* de acciones"⁴.

-
- 3. GONZALEZ PEREZ, Jesús. Derecho Procesal Administrativo. Tomo II, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos. Madrid: 1966, pp. 405 y ss.
GONZALEZ PEREZ, Jesús. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Segunda Edición, Civitas. Madrid: 1992, pp. 203 y ss.
ESCUSOL BARRA, Eladio y RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, Jorge. Derecho Procesal Administrativo. Tecnos. Madrid: 1995, pp. 351 y ss.
 - 4. SOMMERMANN, Carl Peter. La Justicia Administrativa Alemana. Publicado en "La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado", Coordinador Javier Barnes Vásquez, Civitas. Madrid: 1993, p. 69.

Pero el tema no tiene un tratamiento unificado y es así como por ejemplo en el derecho francés no se utiliza el término acción sino el de *recurso*, y específicamente el de *recurso contencioso* para distinguirlo del que se interpone directamente ante la administración (recurso administrativo), término que también es utilizado en Venezuela para hacer referencia a la acción que se ejerce ante el juez competente para juzgar a la administración⁵.

B. Clasificación de las Acciones Contencioso Administrativas

Pero si bien el tema tiene diferentes enfoques y matices que además aparecerán resaltados en cada legislación positiva al regularlo, el concepto de acciones contencioso administrativas está aceptado doctrinariamente, está consagrado en diferentes ordenamientos y su clasificación puede sistematizarse así:

a. Acción de Nulidad o Contencioso Objetivo:

Es aquella que origina una controversia no litigiosa, toda vez que quien la interpone busca la anulación de un acto administrativo, por ser violatorio del ordenamiento jurídico superior, sin que el proceso se refiera a derecho subjetivo alguno.

Se trata de una acción pública, que como tal puede ser ejercida por todas las personas, normalmente contra actos administrativos de contenido general, en cualquier tiempo, sin que se requiera la intervención de abogado y que tiene por finalidad, exclusivamente el restablecimiento del orden jurídico presuntamente vulnerado.

GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania. Civitas. Madrid: 1993, pp. 188 y ss.

5. MODERNE, Frank. La Justicia Administrativa en Francia: Proceso, Técnicas de Control, Ejecución de Sentencias. Publicado en "La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado", Coordinador Javier Barnes Vásquez, Civitas. Madrid: 1993, pp. 308 y ss.
VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid: 1980, pp. 380 y ss



Los poderes del juez al dictar sentencia en un proceso iniciado por una acción de nulidad están limitados a establecer la legalidad o ilegalidad del acto enfrente al ordenamiento jurídico superior, sin que le sea posible pronunciamiento alguno respecto de derechos subjetivos y sin que pueda reformar el acto juzgado. La decisión judicial tiene carácter de cosa juzgada y produce efectos erga omnes.

b. Acción de Plena Jurisdicción o Contencioso

Subjetivo:

Tal como su nombre (que es el más generalizado) lo indica, se trata de la acción a través de la cual se plantea ante el juez una controversia *litigiosa*, en cuanto además de solicitar la anulación de un acto o contrato, que se considera ha desconocido el ordenamiento jurídico superior, se afirman pretensiones en relación con determinados derechos subjetivos que pueden haberse afectado por el acto o contrato cuestionado y, por lo tanto, se busca también el restablecimiento del derecho vulnerado y/o la reparación del daño causado.

Si los perjuicios hubieren sido causados, no por un acto o contrato administrativo, sino por un hecho, una operación o una omisión de la Administración, la acción planteará, solamente, el derecho a una indemnización, sin que sea necesaria la controversia sobre legalidad, que sí procede enfrente a los actos y a los contratos administrativos.

De esta acción son titulares los afectados con la actividad administrativa que se cuestiona, generalmente debe ser ejercida a través de abogado y se establece un término de caducidad para su ejercicio, teniendo en cuenta la necesidad de una seguridad jurídica.

El juez que decide no sólo anulará el acto administrativo demandado, sino que ordenará el restablecimiento del derecho vulnerado y/o la correspondiente indemnización de perjuicios, o esta última solamente si se tratare de una acción indemnizatoria. Los efectos de la decisión judicial se limitan a las partes y pueden implicar la modificación del acto impugnado.

Así entendida la acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, puede afirmarse que tiene diferentes manifestaciones, toda vez que a través

de ella se pueden impugnar actos o contratos administrativos, se puede solicitar el restablecimiento del derecho o una indemnización de perjuicios, ya sean producidos por los anteriores o por un hecho, operación u omisión de la Administración ⁶.

c. Acción de interpretación:

Es aquella que se ejerce por el interesado para acudir ante el juez competente, para que precise el sentido del texto de un acto o contrato administrativo, por no ser de fácil comprensión o ser susceptible de varias interpretaciones.

También se ubica dentro de este concepto la acción de remisión del juez ordinario (recours sur renvoi d'une juridiction judiciaire) al administrativo para que haga la interpretación de una cuestión administrativa o aprecie la legalidad del acto que incide en la decisión de la controversia ⁷.

El juez competente al resolver deberá limitarse a hacer la interpretación solicitada, sin que pueda disponer nada respecto de la nulidad del acto o contrato cuya interpretación se solicitó, ni ordenar ningún reconocimiento diferente.

d. Acciones Represivas:

Se encuentran consagradas fundamentalmente en el derecho francés, cuando el juez, muy excepcionalmente, está facultado para sancionar a las personas que hayan cometido algunas contravenciones previstas en las reglas relativas a la conservación de diversas categorías de inmuebles de dominio público ⁸.

6. En el derecho colombiano se consagran las acciones: de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y las relativas a contratos, en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

7. DEBBASCH, Charles, RICCI, Jean-Claude. Contentieux Administratif. Quatrieme Edition, Dalloz. Paris: 1985, pp. 888 y ss.

8. RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela. Traducción de la 9a Edición. 1984, pp. 231.



e. Acción de Definición de Competencias:

Cuando se presenta un conflicto de competencia entre autoridades que ejercen la función administrativa, es posible acudir al juez contencioso administrativo, para que lo defina y precise cual autoridad debe tomar la decisión.

Dicha solicitud puede ser presentada por los particulares interesados en la actuación administrativa o por las mismas autoridades entre las cuales se ha presentado el conflicto de competencia.

La decisión del mismo implica solamente la definición de la competencia y no la anulación del acto, ni reconocimiento alguno diferente ⁹.

Más que una verdadera acción, se trata de un proceso para que un juez defina cual es la autoridad administrativa para ejercer una competencia administrativa específica

f. Acción de Lesividad:

Es la que tiene la Administración para impugnar, ante el juez, sus propios actos.

Para algunos, más que de una acción se trata de un proceso especial para que ante el contencioso administrativo, la Administración pueda demandar uno de sus actos ¹⁰.

9. El artículo 88 del Código Contencioso Administrativo de Colombia dispone:
"Art.88.- *Acción de definición de competencias administrativas.* Los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a solicitud de parte.
"La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, ordenará remitir la actuación al Tribunal correspondiente o al Consejo de Estado.
"Recibido el expediente y efectuado el reparto, el consejero ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe resolver dentro de los diez (10) días.
"Si ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondientes Tribunal o al Consejo de Estado y el conflicto será dirimido por el procedimiento prescrito en el inciso anterior."

10. GONZALEZ PEREZ, Jesús. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Op. cit. pp. 479 y ss.

Aunque las acciones que se han enumerado son las generalmente aceptadas por la doctrina, también se clasifican en las dos grandes categorías de: *contencioso de anulación* y *contencioso de plena jurisdicción* y permiten tener un marco general de referencia sobre el tema, ya sea que se les denomine acciones, recursos o pretensiones procesales administrativas; en las diferentes legislaciones positivas se consagran con especiales matices y denominaciones también específicas y las nuevas tendencias en materia contencioso administrativa proponen la conveniencia de simplificar el tema y de facilitar al administrado la posibilidad de acceder a la justicia mediante la consagración de una "*acción única*" para plantear las diferentes pretensiones, y también la previsión de un "*procedimiento único*" a través del cual discutir las y obtener una definición judicial ¹¹.

Surtido el correspondiente proceso contencioso administrativo, el juez competente debe decidir y lo hace a través de una sentencia, la cual necesariamente estará referida a las pretensiones procesales administrativas, en los términos mismos propuestos en la demanda, de conformidad con el principio de la congruencia y por esta razón, el tema del contenido y clases de sentencias debe precisarse y analizarse en relación con el de la acción.

II CONTENIDO Y CLASES DE SENTENCIAS

I. Concepto y Naturaleza de la Sentencia

La sentencia es la decisión del juez, quien luego de analizar los hechos mencionados por el demandante como fundamento de su pretensión, de establecer si se encuentran debidamente probados, de precisar la normatividad aplicable a la controversia que le ha sido planteada y de hacer un juicio lógico, *resuelve*, precisando así la voluntad abstracta de la ley.

11. DROMI, José Roberto. Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública. Editorial Temis. Bogotá: 1980, p. 163.
GONZALEZ PEREZ, Jesús. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Op. cit. p. 207.



Lo anterior constituye la manifestación del poder del Estado para resolver controversias mediante la administración de justicia, al aplicar las normas generales, para resolver controversias particulares y concretas.

Es el acto por el cual se produce la terminación normal del proceso. Y como manifestación del poder estatal tiene carácter *obligatorio y fuerza impositiva*.

Según el tratadista Hernando Morales Molina, la sentencia es la resolución que produce el juez con aplicación de la ley o la equidad, sobre la cuestión que ante él se controvierta. Ella concreta y resume la comprobación realizada por el juez sobre los hechos y el derecho aplicable y constituye, por lo tanto *un acto de inteligencia* y en cuanto la voluntad de la ley se concreta en una orden o decisión del juez, la sentencia es también un *acto de voluntad*¹².

Desde el punto de vista subjetivo la sentencia debe ser proferida por el juez competente y desde el punto de vista objetivo el requisito fundamental de las sentencias hace referencia a su *congruencia*, es decir, a la perfecta correspondencia entre la pretensión y la decisión y es por esto que la providencia que pone fin al proceso debe decidir todos los puntos litigiosos que hubieren sido objeto de debate, todas las cuestiones discutidas en el proceso; en este sentido "por conformidad o correlación entre pretensión y fallo se entiende la adecuación entre el contenido de uno y otro de tal modo que no existan en el segundo ni más elementos de los que componen el primero, ni menos, ni otros distintos"¹³.

La demanda deberá contener unos fundamentos de hecho y otros de derecho.

Los fundamentos de hecho constituyen la causa petendi de la demanda y, al decidir, el juez tendrá que analizar los que se hubieren propuesto en la demanda, y no otros, y establecer si se encuentran debidamente probados.

12. MORALES MOLINA, Hernando. Op. cit. p. 478.

13. GUASP, Jaime. Comentarios a la Lec. Tomo I. Madrid: 1943, p. 970. Citado por Jesús González Pérez en su obra Derecho Procesal Administrativo. Op. cit. p. 809.

Lo anterior, indica que la actividad del juez se halla limitada por los fundamentos de hecho propuestos en la demanda, de tal manera que al variar éstos se varía la causa petendi y también se incurre en incongruencia. Lo anterior, sin perjuicio de la capacidad de interpretación propia del juez ¹⁴.

Precisada la situación fáctica en el proceso y su prueba, el sentenciador debe establecer los aspectos de derecho, para lo cual tiene la posibilidad de considerar, inclusive normas diferentes de las invocadas en la demanda (iura novit curia), siempre que no se incurra en una modificación de la causa petendi de la demanda o que no se trate de una jurisdicción rogada, según el propio ordenamiento jurídico aplicable.

Con fundamento en los aspectos de hecho y de derecho, el juez tomará su decisión, en la cual debe precisar su *motivación* y ésta debe referirse expresamente a esas cuestiones de derecho y de hecho; conociéndolas, podrá el interesado cuestionar la providencia y quien conozca de los recursos interpuestos contra ella si los hubiere, tendrá los elementos de juicio necesarios para su revisión.

Respecto de las sentencias dice Calamandrei:

"La declaración jurisdiccional una vez que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, vale no porque sea justa, sino porque tiene para el caso concreto la misma fuerza de la ley (lex specialis). A un cierto punto, no es ya legalmente posible entrar a examinar si la sentencia corresponde o no a la ley; *la sentencia es la ley y la ley es lo que el juez ha proclamado como tal*. Pero con esto no se quiere decir que el paso en cosa juzgada de la declaración de certeza cree el derecho: la declaración de certeza en el sistema de legalidad tiene siempre carácter declarativo no creativo del derecho, en cuanto el juez con su sentencia proclama, como ya querido por la ley, desde el momento en que se ha verificado en la realidad el hecho específico concreto, aquel mandato que él se limita a reconocer y a poner en claro" ¹⁵.

14. MORALES MOLINA, Hernando. Op. cit. p. 480.

15. Citado por el Profesor MORALES MOLINA, Hernando. Op. cit. p. 495.



2. Clases de Sentencias

Las sentencias pueden ser:

A. Según las Pretensiones Formuladas: ¹⁶

a. Sentencias Declarativas:

Cuando la decisión tomada por el juez es una mera declaración, que no afecta las situaciones jurídicas existentes y sólo declara la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un derecho, para dar certeza y seguridad jurídicas ¹⁷.

b. Sentencias Constitutivas:

Cuando la decisión judicial implica una modificación en la relación jurídica material, ya sea porque la crea, la modifica o la extingue.

c. Sentencias de Condena:

Son aquellas en las cuales el juez hace una imposición y ordena hacer o no hacer, dar o no dar o deshacer, pero siempre imponiendo una prestación.

B. Según el Resultado:

a. La sentencia puede ser estimatoria, si la decisión es favorable al demandante porque respalda las pretensiones de la demanda.

b. También puede ser desestimatoria si, por el contrario la decisión que pone fin al proceso, respalda la situación jurídica del demandado y por lo tanto su contenido resulta desfavorable para el accionante.

16. MORALES MOLINA, Hernando. Op. cit. pp. 495 y s.s.

17. BREWER-CARIAS, Allan Randolph. Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas: 1993, pp. 200 y s.s.

C. Según si la decisión resuelve la controversia propuesta en la demanda o no, la sentencia puede ser:

a. Sentencia inhibitoria, cuando por razón de alguna irregularidad en la relación procesal, como puede ser una inepta demanda o la incapacidad para ser parte, no se puede decidir sobre la controversia planteada. Estas providencias no tienen el carácter de cosa juzgada.

Algunos consideran que en este caso no puede hablarse propiamente de la existencia de una verdadera sentencia, en la medida que en ella no se da el juicio que hace el juez, ni contiene la decisión de la controversia propuesta en la demanda.

b. Sentencia de mérito, cuando el juez se pronuncia respecto del fondo de la pretensión.

D. Según si respecto de la sentencia procede algún recurso o grado de jurisdicción, las sentencias pueden ser:

a. Firmes o Ejecutoriadas, cuando contra ellas no procede ningún recurso ordinario o extraordinario.

b. No Firmes cuando contra ellas procede algún recurso ordinario o extraordinario.

3. Las Sentencias en Materia Contencioso-Administrativo

A. Aspectos Generales

En materia contencioso administrativa los anteriores conceptos, relativos a las sentencias en general, resultan totalmente válidos en cuanto el juez de la Administración, al decidir, para poner fin a un proceso contencioso administrativo, realiza un acto de inteligencia y de voluntad, que concreta en un juicio, de carácter obligatorio para las partes, y en el cual resuelve respecto de la pretensión o pretensiones propuestas en la demanda.

Ahora bien, si como toda sentencia, la que se dicte en materia contencioso administrativa se caracteriza por ser un juicio *imparcial* enfrente a las



pretensiones de las partes, se cuestiona esa imparcialidad si se tiene en cuenta que en el proceso administrativo una de las partes pertenece al Estado, lo mismo que el juzgador y si forma parte de la misma rama del poder público se resalta especialmente su parcialidad, pero si pertenece a otra de las ramas, se le acusa de desconocimiento de la separación de los poderes del Estado.

Sin embargo, estas cuestiones que, de manera específica, surgen en relación con el proceso contencioso administrativo y sus sentencias, son aspectos puramente teóricos y no implican que la sentencia que decide una controversia administrativa pierda su carácter de juicio imparcial, a través del cual se resuelve respecto de una pretensión propuesta por el actor, ya que esa imparcialidad, además de que es una cuestión subjetiva del juzgador, se neutraliza a través de diferentes previsiones concretas en relación con la estructura de la jurisdicción administrativa y con mecanismos propios de la legislación positiva que mantengan la independencia de los jueces.

Por otra parte, en cuanto en el proceso contencioso administrativo siempre se juzga una acción u omisión de quien ejerce la función administrativa propia del Estado y, dicha función, en un Estado sometido al derecho, debe ejercerse de acuerdo con el ordenamiento jurídico preestablecido, el juez administrativo para decidir debe apreciar la legitimidad administrativa, verificar la existencia de los hechos condicionantes fijados en forma específica por la norma objetiva y establecer si se han cumplido los preceptos positivos que marcan el límite del actuar de la Administración. Por ello la sentencia administrativa va más allá de establecer una simple comparación entre lo pedido en la demanda y el derecho objetivo, en cuanto debe considerar que se trata de una actividad estatal, en la cual está de por medio el interés general y, en algunas oportunidades, debe juzgar el mérito de esas decisiones, a la luz de la eficiencia, equidad y regularidad propias de la actividad administrativa, en la cual hay diferentes grados de discrecionalidad.

B. Clasificación de las Sentencias Contencioso Administrativas

Las diferentes clasificaciones enunciadas de sentencias, a la luz del derecho procesal, resulta válida para establecer las clases de sentencias con que puede culminar un proceso contencioso administrativo.

En efecto ellas pueden ser también declarativas, constitutivas o de condena; estimatorias o desestimatorias; inhibitorias o de mérito; firmes o no firmes.

a. Según las Pretensiones Respecto de las Cuales se Resuelve

La clasificación de mayor importancia es la que tiene en cuenta las pretensiones propuestas en la demanda, es decir, aquella que se refiere a la existencia de sentencias declarativas, constitutivas y de condena, para analizar las cuales y precisar su contenido y alcances, es del caso relacionarlas a las diferentes clases de acciones contencioso administrativas ya mencionadas, toda vez que el control que el poder judicial ejerce de la actividad administrativa del Estado está también sometido al principio de la congruencia de la sentencia con las pretensiones que se proponen en la demanda.

a'. Sentencias declarativas

Tratándose las sentencias declarativas, de aquellas en las cuales solamente se declara la existencia o inexistencia de una relación jurídica o un derecho, en el campo contencioso administrativo podrán considerarse como tales:

- Las sentencias que desestimen las pretensiones de la demanda, cualquiera que hubiere sido la acción ejercida, toda vez que con dicha decisión no se modifica ninguna situación jurídica existente, ni se crea ninguna nueva.

En efecto si se trata de la acción de nulidad o contencioso objetivo y no se declara la nulidad solicitada, no se modifica la situación jurídica y si se trata de un proceso que se inició con una acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, con la no prosperidad de las pretensiones propuestas de nulidad y de restablecimiento del derecho o indemnizatorias, tampoco se modifica la relación jurídica o el derecho discutidos.

- Las sentencias proferidas en aquellos procesos originados en una acción de nulidad o contencioso objetivo, siempre y cuando la decisión se limite a reconocer o declarar la existencia de un derecho, de un contrato o de otra relación jurídica concreta.



En este aspecto es preciso mencionar como, respecto de las sentencias que deciden sobre pretensiones contenidas en un acción de nulidad hay diferentes criterios, y sin considerar si la decisión es estimatoria o no, afirman que son de carácter declarativo las que declaran o niegan la nulidad de un acto ¹⁸.

Y con un enfoque diferente se afirma también que si se niega la nulidad solicitada, la sentencia es declarativa, pero si se declara la nulidad, la sentencia no tiene ese carácter, en cuanto hace que el acto impugnado desaparezca del mundo jurídico modificando así la realidad jurídica, al desaparecer la relación concreta en él originada ¹⁹.

- También son declarativas las sentencias que deciden lo propuesto en una acción de interpretación ya que a través de ellas simplemente se precisa el alcance de un acto o de un contrato administrativos, pero sin que el juez pueda hacer pronunciamiento referente a la legalidad del acto o contrato, ni ordenar reconocimiento o indemnización.

- Aunque no son verdaderas sentencias, las providencias por las cuales se rechaza una acción o recurso contencioso administrativo, tienen el carácter de declarativas, toda vez que si no hay un pronunciamiento de mérito, por cuanto no se da curso a la acción o recurso, no se afecta la situación jurídica existente.

- También son declarativas las decisiones que resuelven las excepciones de ilegalidad o inconstitucionalidad de actos administrativos.

- La sentencia que define un conflicto de competencia es de carácter declarativo, en cuanto, simplemente dan certeza de una situación jurídica establecida por la ley y respecto de la cual se ha generado alguna confusión para su aplicación.

18. MORA OSEJO, Humberto. La Acción en el Proceso Contencioso Administrativo. Artículo publicado en Derecho Procesal Administrativo. Autores Varios. Ediciones Rosaristas. Bogotá: 1980. p. 122.

19. DIEZ, Manuel Maria. Derecho Procesal Administrativo. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires: 1983, p. 250.
BREWER-CARIAS, Allan Randolph. Op. cit. p. 202.

En algunas legislaciones positivas a través de esta acción es posible obtener la anulación del acto proferido por la autoridad que originó el conflicto de competencia, caso en el cual, la sentencia no sólo será declarativa, sino que también tendrá el carácter de constitutiva.

b'. Sentencias constitutivas:

- En cuanto éstas producen cambios en la realidad jurídica existente, como tales pueden considerarse en materia contencioso administrativa, en primer término las que declaran la nulidad de un acto o contrato administrativos; esta decisión no puede considerarse como una decisión meramente declarativa, en cuanto la anulación de un acto implica su extinción, con lo cual se origina una mutación en la relación jurídica existente, y renace la situación anterior a su expedición. No quiere esto decir, que el juez al decidir en un juicio contencioso objetivo pueda modificar la decisión administrativa o expedir una nueva, por cuanto significaría usurpación de la función administrativa.

La sentencia constitutiva crea obligaciones y "constituye derechos que derivan de ella como efecto jurídico" ²⁰.

- También son constitutivas y de condena las estimatorias que además de anular un acto o contrato ordenan, en consecuencia, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño.

c'. Sentencias de condena:

La sentencia de condena implica la estimación de una pretensión de condena, propuesta en la demanda, ya sea como única pretensión o conjuntamente con la de anulación de una decisión administrativa.

Estas decisiones imponen a la parte demandada vencida, una prestación determinada de dar, hacer o no hacer o de deshacer algo o también de abstenerse de hacer algo.

20. BIELSA, Rafael. Sobre lo Contencioso Administrativo. Editorial Castellvi S. A., Santa Fe, Argentina: 1964, p. 268.



- Una sentencia que, además de la nulidad del acto o contrato impugnado, ordena el restablecimiento del derecho o una indemnización de perjuicios, además de ser constitutiva, en cuanto decreta la anulación solicitada, es también de condena en razón de que establece una prestación para la parte vencida en juicio.

Por lo tanto las sentencias que ponen fin a los procesos que surgen con el ejercicio de las acciones de plena jurisdicción y de la acción indemnizatoria, en cuanto sean estimatorias, son de carácter constitutivo y de condena.

En este evento el juez tiene poder, no solamente para revisar el acto o contrato demandado, sino también para evaluar y establecer la forma en que debe ser restablecido el derecho vulnerado o reparado el daño causado.

- Son de condena también las decisiones que se han denominado represivas y a través de las cuales la jurisdicción impone directamente una sanción, en aquellos casos expresamente consagrados en la ley.

3.2.2. Estimatorias y Desestimatorias

Como ya se precisó, si la sentencia es desestimatoria, también en materia contencioso administrativa tendrá el carácter de declarativa y si es estimatoria podrá ser declarativa si no modifica la situación jurídica existente, constitutiva si declara la nulidad del acto o contrato, constitutiva y de condena si anula y ordena un restablecimiento o la reparación de un daño, de condena si solamente ordena la reparación.

3.2.3. Firmes y No Firmes

Por lo demás las sentencias dictadas en un proceso contencioso administrativo podrán estar en firme, si contra ellas no procede ningún recurso; o tendrán el carácter de no firmes, si son susceptibles de algún recurso.

3.2.4. De Fondo o Inhibitoria

En cuanto a esta clasificación la decisión inhibitoria es de carácter declarativo, y la de fondo puede presentar las diferentes posibilidades ya

reseñadas en relación con las sentencias estimatorias enfrente a las diferentes pretensiones propuestas a consideración del juez que decide.

3.3. Contenido de las Sentencias en Materia Contencioso Administrativa

El juicio con que el juez da por terminado, de manera normal, el proceso contencioso administrativo, partiendo de lo planteado en la demanda y de lo probado en el proceso, debe corresponder a los aspectos de la controversia, litigiosa o no, que se le ha planteado.

Por ello, el contenido y por lo tanto los efectos de las sentencias varían según la acción ejercida.

Si es una sentencia estimatoria, con la cual termina de forma normal, un proceso contencioso objetivo de anulación, su contenido será la declaratoria de nulidad del acto o contrato impugnado; si es en un proceso contencioso subjetivo de plena jurisdicción, además de la anulación del acto, la sentencia contendrá las condenas pertinentes para efectos del restablecimiento del derecho o de la reparación del daño.

Por otra parte si la sentencia se refiere a una acción de interpretación, su contenido será la precisión del alcance del acto o contrato administrativos.

Si se refiere es una sentencia que resuelve un conflicto de competencias, su contenido será la definición precisa de cual autoridad tiene la competencia discutida, a la luz del ordenamiento legal aplicable.

Y si es una sentencia de carácter represivo contendrá precisamente la medida represiva o sancionatoria que impone.

De manera general, el contenido de la sentencia está enmarcado por las pretensiones propuestas en la demanda en la que se concreta el ejercicio de la acción y por lo tanto como principios fundamentales, el juez debe tener en cuenta que en su decisión:

a) debe resolver todos los aspectos propuestos en la demanda y controvertidos a través del proceso.



b) no puede otorgar a las partes más de lo pedido, ni resolver pretensiones no planteadas, pues en este evento se configuraría un fallo *ultra petita*.

c) el fallo no puede referirse a cuestiones distintas de las planteadas o pedidas por las partes, pues ello produciría un fallo *extra petita*.

Los efectos de las sentencias contencioso administrativas, en cuanto a las partes, pueden precisarse en cuanto si se trata de una sentencia proferida en el contencioso objetivo de anulación, sus efectos son *erga omnes*, lo mismo que si se trata de una sentencia constitutiva que anula un acto o contrato, éste es nulo para todos, es decir que la decisión judicial afecta a sujetos diferentes de las partes.

Y si la sentencia es constitutiva y de condena, como lo es aquella que anula un acto o contrato y ordena el restablecimiento del derecho o una indemnización, sus efectos son *inter partes*.

Por otra parte, las sentencias contencioso administrativas, una vez en firme tienen el carácter de *cosa juzgada*, la cual recae sobre la parte dispositiva de la providencia, no sobre los hechos²¹ y este aspecto resulta de especial interés en relación con las sentencias que se profieren en el contencioso objetivo de anulación, y en las sentencias desestimatorias.

En efecto, las sentencias que inadmiten una acción y las desestimatorias de la pretensión de anulación, tienen valor de cosa juzgada relativa, en relación con los motivos de inadmisión o rechazo de las pretensiones, por lo cual la acción respectiva podría volverse a intentar contra el mismo acto, pero por motivos diferentes, siempre y cuando sea oportuna.

En cuanto a las sentencias constitutivas mediante las cuales se acogen las peticiones de nulidad planteadas en la demanda, la sentencia tiene valor de cosa juzgada absoluta, razón por la cual no se podría interponer una nueva acción contra un acto declarado nulo, por cuanto ya se extinguió y por lo tanto no tiene existencia en el mundo jurídico.

21. GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Curso de Derecho Procesal Administrativo. Tirant lo blanch. Valencia, España: 1994, pp. 248 y 249.

Y en relación con los efectos de las sentencias en el tiempo, si se tiene en cuenta que la sentencia concreta la voluntad de la ley como acto de imperium que es, en aquellos casos en que declara nulo un acto administrativo, sus efectos son *ex-nunc*, ya que si la sentencia que declara la nulidad de un acto es constitutiva, y ésta es la que crea, modifica o extingue una situación jurídica anterior, sus efectos, en principio se producirán cuando se encuentre debidamente ejecutoriada.

CONCLUSION

A manera de conclusión y luego de precisar, de manera general las diferentes posibilidades que existen en relación con las acciones contencioso administrativas, las clases de sentencias y su contenido y efectos, en esta materia, es claro que el control judicial de la actividad administrativa, recae sobre todas las posibilidades de acción o de omisión de la Administración o de quien esté habilitado para ejercer la función administrativa y ello se concreta por una parte en las diferentes posibilidades con que cuentan los administrados para hacerlo efectivo a través de las acciones que con algunas especificidades se encuentran en las diferentes legislaciones positivas, pero que se pueden recoger en las dos categorías tradicionales de anulación o contencioso objetivo y de plena jurisdicción o contencioso subjetivo y que encuentran correspondencia con los poderes de los jueces que ejercen el control, en cuanto sus decisiones, guardando la necesaria congruencia, hacen que según sean las pretensiones, la decisión judicial sea efectiva en cuanto logra el restablecimiento del ordenamiento jurídico desconocido haciendo efectivo el sometimiento del Estado y en este caso de la Administración al derecho, pero además restableciendo los derechos vulnerados o reconociendo las indemnizaciones a que hubiere lugar, es decir, administrando justicia en su integridad.

**LA POSIBLE INFLUENCIA
COLOMBIANA EN NUESTRO DERECHO
PROCESAL ADMINISTRATIVO**



LA POSIBLE INFLUENCIA COLOMBIANA EN NUESTRO DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

**Por Jesús Caballero Ortíz
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela**

Existe una gran similitud entre las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo Colombiano y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ley que regula la materia en nuestro país. Así, en Colombia existe la acción de nulidad conjuntamente con el restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo) tal como lo prevé el artículo 131 de nuestra ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

De igual forma, en Colombia existe la acción directa por resarcimiento, sin que sea necesaria la demanda de nulidad de un acto (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo) lo que resulta equivalente a las demandas contra los entes públicos, para lo cual, en ambos países, debe agotarse la vía gubernativa.

Sin embargo, si profundizamos más dentro de la legislación colombiana vemos cómo está puede servir de modelo para una reforma de nuestra legislación procesal.

En primer lugar, y tal como lo ha hecho el Código Contencioso Administrativo Colombiano, deben suprimirse los términos “recursos” para identificar lo que son verdaderas acciones de nulidad de actos administrativos. En nuestro país ello se ha justificado en base a la actuación revisora del acto previo, inspirada en el Derecho Francés, el cual ha justificado sobradamente el término “recurso”, cuando en realidad nos encontramos frente a una acción que se ejerce ante un tribunal autónomo e independiente.

Ello no constituye un problema meramente terminológico sino que tiene importantes consecuencias en el plano procesal. Al desterrar la vieja tesis del “recurso”, que trae consigo “el proceso seguido a un acto”, exis-

ten entonces dos partes en la secuela procedimental, el demandante y el demandado, recogidos magistralmente en los artículos 137 y 144 del Código Contencioso Administrativo Colombiano. El demandado es siempre el organismo autor del acto (artículo 150 del Código) y la *litis* se traba entre los dos sujetos de derecho, fijándose un plazo para la contestación de la demanda, tal como lo prevé el artículo 144 del Código Colombiano y aplicándose el Código de Procedimiento Civil como mecanismo supletorio en cuanto a lapsos y pruebas. De este modo, al seguirse este modelo, se disiparían todas las dudas que en nuestro país ha traído consigo el cómputo del lapso a partir de la publicación del cartel, así como el punto de vista que, alejado del texto normativo, sostiene que, en todo caso, aún cuando no se solicite, debe siempre abrirse el término probatorio.

En segundo lugar, ningún sentido tiene en nuestra legislación la existencia de dos periodos de relación. Todos sabemos que el Juez no entra al estudio del expediente sino al término de todos los lapsos procesales, en desmedro del principio de la inmediatez. Entonces, la relación, que significa el estudio del expediente, se convierte en la práctica en periodos muertos que lo que traen consigo son dilaciones innecesarias del proceso. Ello constituye otro aspecto de avance del procedimiento contencioso administrativo colombiano: la supresión de la relación.

En tercer lugar, y también destacando el paso de avance dado en Colombia, deben en Venezuela unificarse los procedimientos. Trátese del llamado recurso contencioso administrativo de anulación, de la acción de nulidad, de la acumulación de pretensiones de nulidad y condena o de la sola acción indemnizatoria, todas deben regirse por un mismo procedimiento.

Las diferencias de procedimientos -y así se ha demostrado desde 1977- carecen de toda justificación. Debe preverse un solo procedimiento, con suficientes garantías para las partes y donde se reduzcan al máximo las prerrogativas de la Administración.

Un procedimiento sencillo obraría en favor de una justicia más certera y rápida, en la que el Juez no deba hacer largar disquisiciones sobre cuestiones meramente procesales sino, al contrario, llegar a decidir lo que siempre interesa a una de las partes: el fondo mismo de la controversia.



El éxito de muchos sistemas extranjeros ha radicado en los aspectos que se han señalado. Por ello, al haber sido acogidos por Colombia, no podíamos menos que hacer estos comentarios frente a una importante jurista de ese país, la Profesora Consuelo Sarria, pues el Código Contencioso Administrativo que allí rige se caracteriza por su sencillez y sobriedad.

Ese Código debe servir como modelo a un país como Venezuela, donde algún día deberemos dejar de lado las meras técnicas procesales que sólo sirven como un medio para no llegar nunca a la verdad y a la justicia.



**ACCIONES CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVAS, CONTENIDO Y
CLASES DE SENTENCIAS**



**ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS,
CONTENIDO Y CLASES DE SENTENCIAS**

**Por Román J. Duque Corredor
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela y de la
Universidad Católica Andrés Bello**

**I.
COMENTARIOS GENERALES**

I. La noción de acción contencioso administrativa.

El estudio comentado inscribe el contencioso administrativo dentro de la sistemática procesal moderna, que, no obstante la incertidumbre que genera, por no haber alcanzado todavía una consolidación científica, descansa en el trinomio fundamental, como lo llama Calamandrei, de Jurisdicción, Acción y Proceso. Baste señalar que en la Ponencia se define el contencioso administrativo, como la *"vía mediante la cual los administrados obtienen un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional sobre la actividad administrativa del Estado mediante el ejercicio de una acción, contentivo de una pretensión específica y a través de un previo proceso"*. En este orden de ideas, puede señalarse que la Jurisdicción mira al Estado que debe administrar justicia, el proceso a un conjunto de situaciones, mientras que la acción mira al ciudadano que pide justicia. Estos tres elementos nos deben servir para definir un sistema procesal como el contencioso administrativo. Sin embargo, aún no se ha logrado una elaboración científica definitiva a estas tres nociones. Así, dice ALCALA ZAMORA: Que de la Jurisdicción, sabemos lo que es, pero no dónde está, si en el derecho constitucional o en el derecho procesal. Del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es, si una relación o una situación jurídica. Y de la acción, no sabemos ni lo que es, si es un derecho abstracto o un derecho concreto, ni dónde está, si en el campo del derecho material o en el procesal.

La Ponencia en comento, cree, que la acción entendida como un derecho abstracto que se ejerce frente al Estado a través de un proceso para obtener un pronunciamiento que satisfaga una pretensión, es la que mejor conviene a la finalidad controladora de la legalidad de la actividad administrativa del contencioso administrativo. Por eso, define la acción contencioso administrativa, como "*el derecho ejercido para obtener un pronunciamiento del juez competente para juzgar la actividad administrativa del Estado, respecto de una pretensión específica y previo un proceso*".

2. La Pretensión como criterio clasificador de las acciones contencioso administrativas.

Teniendo presente, que la pretensión es el efecto concreto perseguido al ejercitarse la acción, la ponente clasifica las acciones contencioso administrativas, aún admitiendo que es más riguroso jurídicamente clasificar las pretensiones procesales administrativas en lugar de las acciones contencioso administrativas. Así, distingue: 1) La acción de nulidad o contencioso objetivo. 2) La acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, cuando con la anulación se pretende el restablecimiento de un derecho vulnerado o la indemnización de perjuicios. 3) La acción indemnizatoria, que persigue el resarcimiento de un daño derivado de la actividad u omisión de la administración. Y, 4) La acción de interpretación, cuando se pretende el adecuado entendimiento de un acto o contrato por parte de la administración. A esta clasificación la ponente agrega: A) La Acción Represiva, que persigue el castigo de los contraventores de normas administrativas. B) La Acción de Definición de Competencias, para dirimir conflictos entre autoridades administrativas. Y, C) La Acción de Lesividad, que permite a la administración impugnar sus propios actos.

3. La sentencia en el contencioso administrativo.

En razón de que en el proceso administrativo una de las partes pertenece al Estado, la Ponencia pondera la conveniencia de que el órgano jurisdiccional no forme parte de la misma rama del poder público que se juzga, para que su sentencia resulte verdaderamente imparcial. Además, diferencia los otros procesos del proceso administrativo, en que en éste se juzga una acción u omisión de quien ejerce la función administrativa del Estado apreciando si se han cumplido los preceptos positivos que limitan su actuación. En este sentido, la sentencia administrativa más que comparar lo pedido en la demanda y el derecho objetivo, debe verificar la legitimidad de la actuación administrativa, considerando que se trata de una actividad estatal en donde está de por medio



el interés general y en donde existen diferentes grados de discrecionalidad. Diferencia ésta, acotamos nosotros, más marcada en el llamado contencioso objetivo de anulación, en donde puede decirse que no existe la incongruencia o ultrapetita como vicios de la sentencia.

La Ponencia considera como la clasificación más relevante de las acciones contencioso administrativas, la que distingue entre sentencias declarativas, constitutivas y de condena, que surge de su relación con las clases de acciones contencioso administrativas. Dentro de las primeras se ubican, las que niegan la nulidad de un acto, las que precisan el alcance o la interpretación de un acto o de un contrato, las que declaran inadmisibles las acciones contencioso administrativas y las que dirimen conflictos de competencia entre autoridades administrativas. En las sentencias constitutivas, se incorporan las que declaran la nulidad de un acto o contrato administrativo, y las que además de anular actos o contratos, ordenan el restablecimiento del derecho o la reparación del daño. Y en las de condena, las que ordenan a la administración un hacer, un dar o un no hacer, las cuales pueden ser también constitutivas, como, por ejemplo, las de anulación de actos y contratos y a la vez de pago de indemnizaciones o de restablecimiento de derechos. Sentencias constitutivas y de condena éstas en donde el contencioso administrativo demuestra su debilidad al tratarse de su ejecución frente a la administración.

II.

COMENTARIOS PARTICULARES

1. La Teoría de la impugnación y las acciones contencioso administrativas.

Teniendo presente que con el proceso administrativo se pretende la corrección o eliminación jurisdiccional de actos previos defectuosos o ilegales, algunas de las acciones contencioso administrativas resultan ser medios de impugnación o recursos. Sólo que por ejercerse autónomamente en un proceso distinto y dar lugar desde su inicio a un proceso diferente, no obstante su naturaleza de recurso por suponer un acto previo impugnado, son medios de impugnación principales y autónomos, que se interponen mediante verdaderas demandas. A diferencia de los otros recursos subordinados o accesorios, que se dan dentro de un proceso o procedimiento pendiente, mediante solicitudes de revisión, que acaso dan lugar, dentro de éstos, a nuevas etapas,

pero no a nuevos procesos sino dentro de ellos mismos. Así, por ejemplo, la acción contenciosa objetiva de anulación de actos y contratos, y también el contencioso subjetivo, serían medios impugnativos o recursos autónomos, por pretender la corrección o eliminación de actos previos defectuosos o ilegales, que se ejercen por medio de demandas, que cuando afectan derechos fundamentales son también medios de defensa y protección de estos derechos, lo cual aproxima más estas acciones a los recursos que pretenden la desaparición de actos que causan agravios.

2. Las acciones contencioso administrativas en Venezuela.

La riqueza procesal del artículo 206 de la Constitución, su principal fuente, determina la naturaleza de auténtica jurisdicción del contencioso administrativo, así como la existencia de verdaderas acciones de esta índole, ante tribunales especializados por la materia, a quienes se inviste de competencia para dictar sentencias de diferente contenido en atención al tipo de pretensión que presenten los administrados. Según esta norma suprema, las acciones contencioso administrativas, porque se ejercen en esta sede y son decididas por tribunales contencioso administrativos, son las de anulación de actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; las de condena al pago de sumas de dinero; las de condena a la reparación de daños y perjuicios originadas en la responsabilidad de la administración; y las de condena al restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. A este elenco constitucional la doctrina agrega otras acciones contencioso administrativas de origen legal, como las de interpretación de normas y contratos administrativos; el contencioso de las conductas omisivas de la administración; el contencioso de los conflictos de autoridades públicas territoriales y el contencioso de anulación y de amparo. En otras palabras, en Venezuela el contencioso administrativo busca cada vez más la Justicia del caso concreto que el simple control de la legalidad. Por estas razones compartimos la postura unificadora de la Ponencia, de proponer una "*acción ordinaria contencioso administrativa*", donde cabe cualquier pretensión procesal en contra de la Administración, y que permite establecer también un solo "*proceso administrativo ordinario*", que culminaría con una sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión contenida en la demanda. Esta posición se ajusta mejor al carácter de instrumento de la Justicia y de protección de los derechos fundamentales, que modestamente asume el proceso administrativo, con la presencia de verdaderas partes procesales, principales, litisconsortes,



o adhesivas, y que reclama una mayor contención, que es la garantía de la imparcialidad.

Por ello, ese carácter justiciero y tuitivo del contencioso administrativo en Venezuela, impone la eliminación de los privilegios y prerrogativas procesales de la administración y la desaparición de algunos mitos, como el de la inejecutibilidad de las sentencias contencioso administrativas contra el Estado. El día que eso suceda las acciones y sentencias contencioso administrativas serán verdaderas acciones y sentencias judiciales, y no simples peticiones o declaraciones y el proceso administrativo dejará de ser una caricatura de juicio.

**LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS
DEL ORDEN JURISDICCIONAL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO ESPAÑOL**



**LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DEL ORDEN
JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Por
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I
INTRODUCCION

El Estado de Derecho -y el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 (CE) califica el Estado que configura como social y democrático de Derecho- es la cifra misma de la historia, siempre inacabada, de la reducción del ejercicio del poder al Derecho. Por que hace al poder o función ejecutivos, en su dimensión administrativa, tal reducción requiere inexcusablemente -sin perjuicio de los controles internos y externos, de diferente alcance, que representan los recursos administrativos y las funciones desarrolladas por el Consejo de Estado¹,

1. Conforme al artículo 107 CE, el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno.
De acuerdo con los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de Abril, que lo regula, ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Y en el ejercicio de esa función debe velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.
La importancia del control así ejercido, en sede consultiva, deriva no sólo de la autoridad de las opiniones del propio Consejo, sino de la determinación legal, en numerosos supuestos, de su dictamen, bien como preceptivo, bien, además, como vinculante de la decisión administrativa (así en la revisión de oficio de los actos administrativos).

el Tribunal de Cuentas² y el Defensor del Pueblo³, un control externo precisamente judicial -realizado desde la independencia de Jueces y Tribunales, que es tal por consistir en una total y, por tanto, exclusiva dependencia o vinculación de éstos al Derecho⁴- del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la actuación de todas las Administraciones públicas, así como de las disposiciones y los actos jurídico-públicos equiparados a estos efectos a los reglamentarios y administrativos. La adecuada comprensión de su diseño actual, en particular en lo que hace a la ejecución de los pronunciamientos judiciales, sólo es factible desde la perspectiva que ofrece la Historia.

1. Surgimiento y evolución históricos.

La pervivencia en el poder ejecutivo, no obstante el triunfo de la revolución burguesa alumbradora del constitucionalismo, de una gran parte del acumulado por el Monarca en el Estado absoluto, sólo que ahora constitucionalizado, y las vicisitudes específicas del tránsito en España hacia el constitucionalismo liberal, explican las dificultades para la implantación y la decantación tanto de un control judicial de aquel

2. De acuerdo con el artículo 136 de la Constitución, el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Depende directamente de las Cortes Generales y ejerce sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.
Está regulado por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de Mayo (complementada por la ley 7/1988, de 5 de Abril, de funcionamiento del propio Tribunal de Cuentas), que le atribuye, además de la función fiscalizadora, jurisdicción propia para el enjuiciamiento contable, es decir, la exigencia de responsabilidad por alcances de caudales o efectos públicos, así como incumplimiento de las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión.
3. El artículo 54 de la Constitución prevé el Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos proclamados en el Título 1 de la propia norma fundamental, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a dichas Cortes Generales. Está regulado por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de Abril.
4. El artículo 117.1 de la Constitución determina que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la Ley*.



poder, como de un modelo preciso de este control. Porque, subsistiendo la acción autónoma del poder ejecutivo -ahora bajo la cobertura, además, de la división de poderes, interpretada en el modelo referencial francés como impidiendo de la interferencia del judicial en su actividad-, la cuestión que se plantea es la de a quién corresponde, caso de incidir aquella acción en posiciones subjetivas de los particulares y suscitarse conflicto sobre lo que sea de Derecho, decidir en definitiva sobre éste último en dicho caso: si al propio poder ejecutivo o, por contra y como es la solución común, al poder judicial. La solución definitiva que acaba imponiéndose y perfilándose hasta nuestros días, es la de mantener el estatuto del poder ejecutivo, que continúa así pudiendo actuar y decidir por sí sólo (acción gubernativa o administrativa), pero privarle a esa actuación y capacidad de decisión de todo carácter definitivo o último, gracias a la articulación -sucesiva a ella y cuando lo gubernativo o administrativo se torna, por su cuestionamiento por el particular, contencioso- de un control judicial de legalidad, lo que determina la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa como "revisora". Esta solución no se implanta de una sola vez, se alcanza únicamente como resultado de un complejo proceso histórico, que - profundamente influido por el modelo francés- atraviesa las fases de la jurisdicción retenida (realización del control de legalidad por la propia Administración, sólo que mediante órganos especializados no necesariamente decisorios y funcionalmente independientes) y de la jurisdicción delegada (entrega del control a órganos propiamente judiciales).

Inicialmente, el constitucionalismo de Cádiz, no obstante y quizás precisamente por el precedente de la Constitución de Bayona, parece inclinarse por una solución plenamente judicialista (inspirada en la división pura de los poderes), de signo contrario al modelo francés de corte bonapartista que estaba perfilándose y más cercana, por tanto, al inglés. Sabido es que el orden constitucional gaditano, tuvo, además de corta y poco efectiva, una azarosa e intermitente vida, interrumpida por las recuperaciones fernandinas del sistema absolutista.

Ha de esperarse, pues, hasta casi la mitad del Siglo, para que la emergencia de una burguesía precisada de un Estado operativo y eficaz haga fraguar, aquí como en otros muchos órdenes, una solución, que va a persistir prácticamente sin alteraciones hasta la Revolución de 1868.

Inspirada ahora ya claramente en el modelo francés y establecida por sendas Leyes de 2 de Abril y 6 de Julio de 1845, consiste en un mecanismo de doble escalón -los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado (denominado aún en los primeros años Consejo Real)-, que presupone una actividad gubernativa previa, cuya conversión en contenciosa (litigiosa) desencadena justamente su puesta en marcha, y que es prácticamente aún de jurisdicción retenida, puesto que limitado en su escalón superior a meras propuestas no vinculantes, tomando las decisiones en definitiva el Gobierno (Reales Decretos Sentencias), y de competencia muy limitada.

Tras el corto e inestable paréntesis que representó el triunfo de la Revolución de 1868, durante el cual se volvió al sistema judicialista puro, con la Restauración se plantea inmediatamente y de manera frontal la necesidad de una solución adecuada, suscitándose un vivo debate entre los defensores del sistema judicialista y los del sistema de "jurisdicción administrativa". La solución llega, por la vía transaccional, con la Ley de 13 de Septiembre de 1888 (denominada de Santamaria de Paredes), que implanta un sistema por ello denominado ecléctico o "armónico", el cual va a durar -con modificaciones y progresos secundarios- prácticamente hasta la vigente Ley. Organizativamente persiste el doble escalón: Tribunales provinciales y Consejo de Estado. Sustantivamente se trata de una fórmula que mezcla elementos del sistema francés -configuración impugnatoria del control; y jurisdicción administrativa, sólo que ahora ya delegada en los órganos de control, pero sólo para la declaración del juicio de legalidad, no así para la ejecución de las Sentencias, retenida por el poder ejecutivo- y del judicialista -incorporación a dichos órganos, junto con funcionarios de la Administración, de Jueces-. Pero el precio principal pagado por la efectiva implantación de esta solución fue la radical limitación de su competencia. Esta, aunque enunciada en forma de cláusula general, comprendía únicamente los actos lesivos de verdaderos derechos subjetivos y excluía los actos políticos y discrecionales en bloque.

En 1904 pierde el Consejo de Estado la competencia jurisdiccional que tenía así atribuida, la cual pasa a una Sala del Tribunal Supremo, también de composición mixta. Bajo la Dictadura de Primo de Rivera y la 2º



República se introducen algunas mejoras para el ámbito del régimen local. Y, tras la suspensión de la vigencia del control jurisdiccional contencioso-administrativo para la Administración del Estado operada - con ocasión de la Guerra Civil- por una Ley de 1938, su pleno restablecimiento por Ley de 18 de Marzo de 1944, pero con nuevas mutilaciones en el ámbito de su competencia, dio paso a la publicación de un Texto Refundido en 1952, que fue de corta duración, pues en 1956 se dicta ya la vigente Ley.

Esta Ley de 1956, de una gran calidad técnica -según unánime apreciación por la doctrina y la jurisprudencia- ha supuesto un enorme y definitivo progreso para el Derecho Administrativo, posibilitando su modernización -no en último término a través de un extraordinario desarrollo de la jurisprudencia, especialmente a partir de los años setenta-, lo que vale decir su construcción conforme a las exigencias del Estado de Derecho. No puede sorprender, pues, que, salvo en algunos aspectos, éste texto haya superado perfecta y airosamente la dura prueba de la Constitución de 1978.

Las características esenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa regulada en 1956 (con el añadido que supuso el Real Decreto-Ley de 4 de Enero de 1977, que creó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) pueden resumirse así: 1) definitiva judicialización del sistema de control, aún conservando su carácter revisor, si bien bajo la forma de orden jurisdiccional especializado en el seno de la Justicia ordinaria, actuado siempre por órganos judiciales colegiados y estructurado organizativamente en tres niveles (Audiencias Territoriales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) y funcional o procesalmente en una o dos instancias; 2) tendencial plenitud del control, articulando su ámbito material mediante una cláusula general, con excepciones tasadas (materias excluidas por lista tasada y actos políticos), abriendo la legitimación activa, mas allá de la titularidad de derechos, a la de un interés directo, y haciendo actuable el control judicial en todo supuesto de infracción del ordenamiento jurídico; y 3) ordenación del ejercicio del control en un verdadero proceso, de construcción técnicamente rigurosa.

2. La Constitución y el control del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa.

La Constitución que, como ya nos consta, pone en pie un Estado democrático y social de Derecho (art. 1.1 CE), cuyo ordenamiento jurídico tiene como uno de sus valores superiores la justicia y garantiza el principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos, no diseña, pero sí define el marco del control judicial de la acción del complejo Gobierno-Administración (en todas las instancias de la organización territorial del Estado y las manifestaciones de la Administración) confirmando en parte, pero también perfeccionándolo, el sistema existente a su entrada en vigor.

Los elementos del marco constitucional aludido son los siguientes:

A) Desde la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria (art. 97 CE) y la definición del estatuto de la Administración pública (art. 103.1 CE) como organización objetivamente servicial de los intereses generales, que ha de actuar siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la asignación a los Tribunales del control del ejercicio de aquella potestad y de la legalidad de la actuación de ésta, así como del sometimiento de la misma a los fines que la justifican (art. 106.1 CE); preceptos éstos, complementados -para las Comunidades Autónomas- por el art. 153, c) CE.

De ello resulta: 1) la configuración revisora (en el sentido exclusivo ahora ya de cumplirse *ex post*) de la intervención judicial, en tanto que consistente precisamente en un control pero sólo en cuanto sucesiva a la actividad previa del poder público administrativo, que presupone; 2) la atribución de ese control precisamente a los órganos del poder judicial ordinario, si bien especializados en el seno de éste (jurisdicción contencioso-administrativa); y 3) la plenitud del control, en el sentido de comprensivo, como mínimo, de todo cuanto produzca el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la totalidad de la actuación (no normativa) de la Administración.

B) La plenitud del control judicial así determinado también desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a su efectiva actuación, en función del reconocimiento, sin restricciones, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, con prohibición taxativa de toda situación de indefensión (art. 24.1 CE).



C) La ubicación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Justicia ordinaria -organizada y operativa sobre la base del principio de la unidad jurisdiccional-, en la medida de la reserva en exclusiva a los Jueces y Tribunales determinados por las Leyes del ejercicio de la potestad jurisdiccional, sin la restricción -por tanto y además- de la merma tradicional de facultades en punto a la ejecución de Sentencias, toda vez que definida aquella potestad jurisdiccional como comprensiva de los actos de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.1, 3 y 5 CE).

Además del impacto del precedente marco y del orden constitucional en general sobre la regulación legal existente de la jurisdicción contencioso-administrativa, con efecto derogatorio directo en algunos aspectos (como, por ejemplo, de la cláusula de exclusión por Ley de materias del ámbito de conocimiento de dicha jurisdicción) y de la pertinencia en todo caso de la actualización general de aquella regulación, la ordenación de los derechos fundamentales contenida en la norma fundamental dió lugar inmediatamente (prácticamente de forma paralela a la aprobación del propio texto constitucional) a la promulgación de la Ley 62/1978, de 26 de Diciembre (LPJDF), a fin de dar cumplimiento, en todos los órdenes jurisdiccionales (y también en el contencioso-administrativo: arts. 6 y sgs.) a la previsión por el art. 53.2 CE de la tutela de aquellos derechos, en sede de la Justicia ordinaria, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad; Ley ésta, que ha introducido, para su ámbito específico, novedades significativas.

En 1985 se ha producido, mediante la promulgación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio (LoPJ)⁵, el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 122 CE, seguida en 1988 de la Ley 38/1988, 28 de Diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial⁶, con consecuencias, ambas, importantes para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una de ellas, la de la supresión del recurso de apelación en favor del recurso

5 Esta Ley (arts. 90 y 91) prevé los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, órganos judiciales unipersonales con jurisdicción provincial, rompiendo así la tradición de la integración de la planta del orden jurisdiccional contencioso-administrativo exclusivamente por órganos colegiados. No obstante, los Juzgados no están aún implantados en la práctica.

6. Modificada ulteriormente por la Ley 3/1992, de 20 de Marzo.

de casación, ha dado lugar, finalmente, a la reciente Ley 10/1992, de 30 de Abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cuyo artículo 7 introduce las necesarias reformas al respecto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de Diciembre de 1956 (LJCA).

A la luz de todo lo anterior y del desbordamiento de la capacidad de los órganos de la Jurisdicción para hacer frente, con la efectividad que requiere la norma fundamental, a la demanda real de tutela judicial efectiva en este orden contencioso-administrativo, se ha venido poniendo de relieve la necesidad de una reforma y actualización generales de la LJCA, a cuyo efecto ya se ha formulado por el Ministerio de Justicia e Interior un Anteproyecto, que recientemente ha comenzado su tramitación y parece va a ser adoptado por el Gobierno para su remisión a las Cortes Generales.

II. LA EJECUCION DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

1. Resoluciones susceptibles de ejecución.

Son susceptibles de ejecución, por de pronto, las Sentencias firmes, es decir, insusceptibles ya de cualquier recurso (salvo el extraordinario de revisión), incluido, en su caso, el de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 103 y 104 LJCA).

Pero -a partir de la modificación de la LJCA por la Ley 10/1992, de 30 de Abril de 1992- también lo son todas las demás, es decir, las aún no firmes, por caber contra ellas recurso y, en particular, el recurso ordinario de casación dentro de la vía judicial y el de amparo ante el Tribunal Constitucional (si bien éste puede acordar la suspensión de la ejecución, cuando así lo estime oportuno y de oficio o a solicitud de parte: art. 56 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, de dicho Tribunal -LoTC). El actual artículo 98.1 LJCA dispone, en efecto, que la preparación de recurso de casación contra una Sentencia no impide por sí sola la ejecución de ésta.



Obvio resulta decir que las reglas relativas a la ejecución de las Sentencias son de aplicación, cuando proceda, a otras resoluciones judiciales y, en particular, a los Autos.

2. Titularidad del poder de ejecución y competencia para ésta.

La ejecución de las Sentencias (y, en general, las resoluciones judiciales) vuelve a ser uno de esos aspectos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los que aflora con especial intensidad la dificultad intrínseca a la peculiaridad de su específica función: el control de la actividad sujeta al Derecho Administrativo de otro poder público, dotado de una función constitucional propia, que debe ser compatibilizada con la integridad de aquélla.

Los términos de la decantación histórica de esta Jurisdicción, ya expuestos en sus líneas maestras, condujeron al establecimiento en la LJCA, en su versión de 1956 (arts. 103 a 112), de un sistema en el que el poder judicial carecía de una buena parte del poder de ejecución de sus propias Sentencias, por atribuirse a la propia Administración condenada en juicio. Este déficit jurisdiccional se contrapesaba mediante un conjunto de técnicas dirigidas a asegurar, no obstante, la ejecución: así, facultades de promoción y activación de ésta -así como, transcurrido un cierto tiempo, de adopción de medidas más directas- del órgano judicial sentenciador; responsabilización -civil y penal- del agente encargado de la ejecución; y publicación anual -al principio del año judicial- de una relación expresiva del cumplimiento habido en el año anterior de las Sentencias, con consignación-respecto de las inejecutadas- de las razones por las que su cumplimiento no hubiera tenido lugar.

La configuración constitucional del poder judicial (y, por tanto, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en tanto que integrado en éste) como aquel en que se concreta, en exclusiva, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (117.3 CE), con la importante precisión -novedosa en la historia constitucional española- de ser obligado, con carácter general, es decir, sin excepción subjetiva alguna (ni aun para otros poderes públicos), cumplir las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por los órganos judiciales en el curso del proceso y también en la ejecución de

lo resuelto (art. 118 CE), supuso en 1978 una alteración sustancial del planteamiento hasta entonces vigente. Tanto más, si los preceptos citados se consideran a la luz de -y a la vez se complementan con- lo dispuesto en los artículos 24. 1 CE (tutela judicial efectiva, con interdicción de cualquier situación de indefensión) y 106.1 CE (control pleno de la actuación del poder público sometida al Derecho administrativo). Este orden constitucional implica, en efecto, la radicación de la titularidad y el ejercicio de la potestad de ejecución de las Sentencias y demás resoluciones propias en los órganos competentes del orden jurisdiccional especializado contencioso-administrativo, con correlativa pérdida total por la Administración Pública de las facultades que en este punto tenía legalmente reconocidas. Hay, pues, una derogación por la Constitución de los mismos fundamentos del sistema legal de ejecución de Sentencias, si bien no necesariamente de toda su regulación legal, en la medida de la posibilidad de la reinterpretación de ésta conforme al orden constitucional. Así debe entenderse hoy, en efecto y a pesar de la opinión de un sector doctrinal ⁷, a la luz de la opinión del Consejo de Estado (dictamen de 23 de Diciembre de 1986) y, sobre todo, de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la cual -lejos de apreciar una derogación en bloque de los correspondientes preceptos de la LJCA- ha procedido en vía interpretativa, fijando los términos del contenido y alcance de aquellos para su compatibilidad con la Constitución.

Esta doctrina constitucional, que encuentra su perspectiva principal en la declaratoria del contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (comprensiva ésta del cumplimiento de los fallos judiciales), está precisada con todo rigor en la STC 67/1984, de 7 de Junio, a tenor de la cual:

- La ejecución de la Sentencia es obligada para la Administración (o poder Público equiparado a efectos del control judicial) que haya dictado el acto o la disposición objeto del recurso resuelto por aquella (art. 118 CE).

7. En este sentido, E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, Ed, Civitas, Madrid 1993, 4º ed., págs. 648 y 649. Para estos autores, el artículo 18.2 LoPJ ha puesto definitivamente término al sistema implantado por el artículo 105 LJCA.



- La ejecución de la Sentencia corresponde, en principio, al órgano (de la Administración o, en su caso, poder público equiparado a ella a efectos de control judicial) que haya dictado el acto o la disposición objeto del recurso (art. 103 LJCA), pero tal competencia no debe entenderse reconocida en términos de atribución de una verdadera potestad y si únicamente como la concreción del deber constitucional de cumplir lo decidido por las Sentencias y las resoluciones judiciales firmes y de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales (art. 118 CE).

- El cumplimiento de este deber por la Administración (o poder equiparado a ella a estos efectos) ha de producirse, con carácter general, dentro del plazo de seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la Sentencia o desde la fijación de la indemnización (art. 110.2 LJCA).

- El incumplimiento de dicho deber determina la adopción por el órgano judicial competente, con audiencia de las partes, de cuantas medidas considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado, estando en la plena competencia de dicho órgano judicial decidir cuales sean esas medidas desde la perspectiva de la reserva constitucional al mismo, en exclusiva, de "hacer ejecutar lo juzgado" de acuerdo con las Leyes (art. 117.3 CE). Quiere ésto decir, que la competencia del órgano judicial no puede sufrir condicionamiento alguno por la conducta de la Administración obligada al cumplimiento, por lo que dicho órgano puede desde luego adoptar las medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil -de aplicación supletoria a la LJCA- y, en particular, ordenar que se haga lo mandado a costa del obligado (art. 924 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil) y requerir a tal efecto la colaboración que estime oportuna de otros entes públicos y personas privadas.

- Sin perjuicio de todo lo anterior y también en caso de incumplimiento, el órgano judicial debe deducir el tanto de culpa procedente por el delito de desobediencia para su remisión al Tribunal competente (art. 110.3 LJCA).

Ocurre que, con posterioridad, la LOPJ (art. 18) ha añadido al cuadro así establecido -además del supuesto de ejercicio del derecho de gracia- la previsión de la expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración pública en una Sentencia firme, por causa de utilidad

pública o interés social declarada por el Gobierno y antes de la ejecución de aquélla, como excepción a los principios generales de interdicción de toda medida que deje sin efecto resoluciones judiciales (salvo las adoptadas en virtud de los recursos legales contra las mismas) y de ejecución de las Sentencias en sus propios términos (salvo los supuestos de imposibilidad apreciados por el propio órgano judicial competente y consecuente conversión del fallo -en lo necesario- en una indemnización). Esta previsión ha dado lugar a la opinión de alguna doctrina de derogación por la misma del artículo 105 LJCA en cuanto autoriza a la Administración para adoptar, en determinadas circunstancias, la suspensión de la ejecución o, incluso, la inexecución de las Sentencias⁸.

Con el dictamen del Consejo de Estado (de fecha 23 de Diciembre de 1986) ya citado y atendida la doctrina constitucional antes estudiada, parece más correcto entender que tal derogación no se ha producido. Si el orden constitucional -en tanto que posibilitador de una interpretación conforme con él- no ha derogado por si mismo la regulación en éste punto de la LJCA, este efecto no lo ha podido producir por si solo el artículo 18 Lofj, por la sencilla razón de que sus términos literales no autorizan una conclusión tan rotunda. Téngase en cuenta, en efecto, que éste precepto -además de la expropiación de los derechos judicialmente reconocidos- contempla también, como supuesto aparte, la imposibilidad de la ejecución por causa suficiente obstativa a ésta. En tanto que las previsiones del artículo 105 LJCA sean reconducibles, como lo son, a tal supuesto, la interpretación de este precepto conforme a la Constitución obliga a concluir su vigencia en los términos determinados por dicha interpretación.

En resolución:

1º-. La titularidad y el ejercicio de la potestad de ejecución de sus propias Sentencias y resoluciones corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo competentes para ello. La competencia radica en el órgano judicial que haya dictado la Sentencia o resolución de cuya ejecución se trata.

8. E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, op. cit. en nota anterior.



2º.- Lo anterior no obsta a una intervención de la Administración pública (o poder público equiparado a la misma a efectos del control judicial) que haya dictado el acto o la disposición objeto del recurso resuelto por la Sentencia o en el que haya recaído la resolución de cuya ejecución se trate, siempre -naturalmente- en merecida calidad de obligado al cumplimiento y de colaborador en éste a requerimiento del órgano judicial. Las intervenciones previstas en la LJCA deben, pues, interpretarse a tenor de la anterior afirmación.

3. Principios generales y límites de la ejecución.

La ejecución es, como toda la de este carácter, una actividad que, como regla general, debe estar en línea de continuidad con el título jurídico que le sirve de fundamento. Tiene por finalidad llevar a puro y debido efecto (realizar en la práctica) los pronunciamientos judiciales contenidos en la Sentencia o resolución, por lo que debe comprender todo, pero al mismo tiempo sólo lo necesario, a tal fin, de suerte que el resultado sea la identidad entre lo ejecutado y lo estatuido. Este es el sentido de la regla general consagrada por el artículo 18.2 LOPJ: "Las Sentencias se ejecutarán en sus propios términos".

La doctrina constitucional ha precisado esta regla general en una serie de principios más concretos (SsTC, entre otras, 67/1984, de 7 de Junio; 4/1985, de 13 de Enero; 125 y 167/1987, de 15 de Julio y 28 de Octubre, y 148/1989, de 21 de Septiembre):

- *Ejecución ~~abida~~*: significa identidad entre lo estatuido y lo ejecutado sólo como regla general, pues es asimismo constitucional la sustitución, justificada y por los cauces legalmente establecidos, de la condena por su equivalente económico u otra prestación.

De otro lado la ejecución ha de extraer de la Sentencia todas las consecuencias que naturalmente se infieran de ella; por tanto, ha de atenderse más a la finalidad del fallo, que a su estricto tenor literal.

- *Diligencia ~~abida~~*: el obligado por la condena y, especialmente, el poder público debe realizar la actividad necesaria al cumplimiento de la Sentencia sin incurrir en dilaciones indebidas o no justificables.

- *Interdicción de toda actividad de cumplimiento en fraude a la verdadera ejecución:* no es legítima la actuación del poder público que, aparentando formalmente ejecutar la Sentencia, obliga en realidad al beneficiario de la condena al ejercicio de nuevas acciones judiciales, para la realización total de su derecho; por ello, la aludida actuación puede ser controlada en sede procesal de ejecución de la Sentencia y sin necesidad de nuevos procesos contencioso-administrativos.

La actividad judicial de ejecución tiene dos límites específicos:

a) El régimen constitucional de todos los bienes de dominio público, en tanto que impone a la regulación legal de éstos su inspiración en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Este último principio impide, en efecto, que el órgano judicial competente para la ejecución dicte Providencias de embargo o despache mandamientos de ejecución contra este tipo de bienes.

b) El régimen general de los bienes y derechos públicos (no demaniales) y, concretamente, el presupuestario del dinero público, toda vez que los artículos 18 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de Abril (LPE), y 44 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de Septiembre (LGP)⁹, establecen la prohibición del dictado de Providencias de embargo y despacho de mandamientos de ejecución contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda pública.

9. El artículo 44 LGP citada continúa disponiendo que el cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones del Estado o de sus Organismos Autónomos corresponde a la autoridad administrativa competente por razón de la materia, sin perjuicio de la posibilidad de instar, en su caso, otras modalidades de ejecución de acuerdo con la Constitución y las Leyes. La autoridad administrativa encargada del cumplimiento debe acordar el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuera necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, la concesión de uno u otro debe solicitarse de las Cortes Generales dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.



Aunque una notable posición doctrinal¹⁰ considera que estos dos preceptos y, singularmente el segundo (que es ya postconstitucional), carecen de toda cobertura en la norma fundamental, por lo que no están vigentes, ni, consecuentemente, pueden operar como límite a la ejecución de las Sentencias, parece más plausible, en la línea acertada de la STC 61/1984, de 16 de Mayo, una tesis más moderada, que parta desde luego de la vigencia de la regla de la prohibición del dictado de Providencias de embargo y del despacho de mandamientos de ejecución contra la Hacienda pública.

Los argumentos de tal vigencia pueden resumirse así:

- Es cierto que los artículos 117.3 y 118 CE, en relación con el artículo 18.2 LOPJ, demandan -sin excepción- la ejecución de las Sentencias en sus propios términos y que el artículo 24.1 CE así también lo exige desde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero no lo es menos que los requerimientos de todos estos preceptos no alcanzan -como ya hemos visto que ha aclarado la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional y precisa también el propio artículo 18.2 LOPJ- ni a imponer un principio absoluto y sin excepciones de la identidad entre lo juzgado y lo estatuido, ni a obviar toda intervención de la Administración o poder público condenado en la ejecución de la Sentencia.

- La integridad de la función judicial y la ejecución en sus propios términos de las resoluciones correspondientes, así como el derecho a una tutela judicial efectiva, son bienes consagrados y protegidos constitucionalmente, pero también tiene tal condición el principio de no realización de gastos por las Administraciones públicas más que de acuerdo con las Leyes (art. 133.1 CE). Si aquellos son reconducibles al Estado de Derecho, éste lo es sin duda -además de a tal principio básico- al de Estado democrático, buscando la garantía del efectivo control (a través del gasto público) por el poder legislativo representante directamente de la soberanía constituida del poder ejecutivo y también de los restantes poderes. Consecuentemente, desde la perspectiva del orden constitucional se impone una ponderación de estos bienes, que exige agotar las posibilidades de su composición en términos de salvaguarda de sus

10. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, op. cit. en nota núm. 7, págs. 646 a 648.

respectivos contenidos esenciales. En este sentido, no puede olvidarse que el derecho fundamental lo es a la tutela judicial, es decir, al otorgamiento de ésta conforme a las pautas de funcionamiento del poder judicial.

- La LCP, interpretada sistemáticamente, no establece una regulación incompatible con el orden constitucional así entendido. Pues no entrega en modo alguno al poder público condenado por Sentencia y, en concreto, al poder ejecutivo la disposición sobre la ejecución de ésta. Antes al contrario, de acuerdo con sus artículos 42 y 43 las Sentencias judiciales firmes (el requisito de la firmeza debe entenderse hoy suprimido por la propia LCA en su versión modificada de 1992) determinan directamente -sin necesidad, por tanto, de intermediación alguna de operaciones presupuestarias- la correspondiente obligación a cargo de la Hacienda pública. Y los números 2 y 3 de su artículo 44 imponen al órgano administrativo competente el deber -para el cumplimiento de la Sentencia- de acordar el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto, así como -si ello fuera necesario- de proceder a solicitar de las Cortes Generales, dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la Sentencia, un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, según proceda; más aún, privan de toda legitimidad a cualquier posición del referido órgano, no ya abiertamente contraria, sino siquiera de cuestionamiento directo o indirecto del fallo, en la medida en que para todo lo que no sea el estricto cumplimiento le remiten expresamente a "instar otras modalidades de ejecución de acuerdo con la Constitución y las Leyes". Estas reglas del artículo 44 deben interpretarse de conformidad con la Constitución, en la misma forma en que lo son los artículos 103 y sgs. LCA, según hemos visto, por el Tribunal Constitucional. Quiere decirse que la reserva de competencia que establecen en favor de la Administración debe hoy entenderse como interención a simple título de obligado a cumplir la resolución judicial y colaborador de la Justicia, consistiendo lo demás en prescripciones dirigidas a canalizar la ejecución por los cauces legalmente prescritos - y ordenados por la propia Constitución- para la realización de toda clase de gastos por las Administraciones públicas. En la medida en que el cumplimiento, es decir, el pago (con o sin necesidad de previa obtención parlamentaria de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito) se produzca dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la Sentencia, nada hay aquí exorbitante respecto del sistema general



de ejecución de las Sentencias previsto en la LJCA y declarado constitucional por el Tribunal Constitucional. Tanto es así, que el artículo 108 LJCA¹¹ tiene un contenido dispositivo equivalente, en esencia, al del artículo 44 LGP (con la excepción de la explicitación de la regla prohibitiva de las Providencias de embargo y del despacho de mandamientos de ejecución).

Desde esta perspectiva, la regla de la prohibición del dictado de Providencias de embargo y del despacho de mandamientos de ejecución contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda pública (contenida en el número 1 del artículo 44 LGP) se ofrece más bien, en primer término, como instrumental y servicial respecto de las anteriores, en tanto que dirigida a evitar la quiebra del modo específico de ejecución de las Sentencias condenatorias de la Hacienda pública, y, en definitiva, como lógica y constitucional, en la medida en que destinada a compatibilizar la integridad de la función del poder judicial y la eficacia de sus resoluciones con el principio de orden presupuestario en la realización de gastos por las Administraciones públicas. Es obvio, de otro lado que, si transcurridos seis meses desde la notificación de la Sentencia no se hubiera producido aún el pago de lo mandado, el órgano judicial competente puede desde luego adoptar, como ya hemos dejado establecido en su momento y con la salvedad de las excluidas por el artículo 44.1 LGP, cuantas medidas sean procedentes para que efectivamente se verifiquen, con toda diligencia, los trámites presupuestarios requeridos legalmente, incluidas las de exigencia de responsabilidad civil y criminal (por desobediencia punible) de las conductas determinantes del incumplimiento. El abono de intereses por la demora está asegurado por la propia LGP (art. 45), incluso desde el transcurso de tres meses de la notificación de la Sentencia.

La solución así alcanzada no descansa en una interpretación puramente formal del orden constitucional (equiparando bienes de textura diversa)

11. Este precepto dispone que, cuando la Administración fuera condenada al pago de cantidad líquida, debe acordarlo y verificarlo en la forma y dentro de los límites que permitan los presupuestos y determinen las disposiciones referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, de la Provincia o el Municipio. Si para verificar el pago fuere preciso un crédito, suplemento de crédito o presupuesto extraordinario, debe iniciarse su tramitación dentro del mes siguiente al día de la notificación de la Sentencia, sin que pueda interrumpirse por ningún concepto.

y, en definitiva, en una sobrevaloración de requisitos procedimentales y de mero orden presupuestarios. En la base de la exigencia constitucional de la observancia de estos cauces legales para el gasto debe entenderse que está la salvaguarda de la función de control parlamentario (cuyo instrumento más importante es el presupuestario) de la actividad dirigida por el ejecutivo y de la posibilidad, a su través, de la contención y del reajuste en el gasto. Quiere decirse, pues, que en la cuestión están implicados intereses generales importantes, que desautorizan las fórmulas que obvian o desconocen sus exigencias, atendiendo exclusivamente a las de la satisfacción sin más de los derechos reconocidos judicialmente (que en ningún caso cabe tampoco desatender). La aquí postulada, finalmente, está por lo menos tan cercana a la establecida recientemente en el sistema francés (invocado doctrinalmente como referencia aconsejable) que las que descansan en la derogación del artículo 44.1 LGP y, en particular, la de expedición directa de mandamientos de pago vinculantes para el Banco de España en su función de prestador de los servicios de Tesorería al Estado¹²

4. Las líneas básicas del sistema legal actual de ejecución de Sentencias.

A) La regla general: la ejecución de las Sentencias en sus propios términos.

Correspondiendo a la Administración u otro poder equiparado a ésta a efectos del control judicial, que hubiera dictado el acto o la disposición objeto del recurso contencioso-administrativo fallado, la ejecución de la Sentencia, si bien en simple calidad de obligado a ella y colaborador preceptivo de la Justicia (art. 103 LJCA), el órgano judicial que hubiera dictado la aludida Sentencia (u otra resolución susceptible de ejecución) debe notificar ésta -en forma de testimonio y en el plazo de diez días desde la firmeza o, en otro caso, la decisión de proceder a la ejecución- al órgano (de la Administración o poder público de que se trate) a quien corresponda, para que proceda a llevarla a puro y debido efecto, adoptando -de ser así preciso- las resoluciones que procedan y practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo (art. 104 LJCA).

12. Solución ésta última, postulada por E. GARCIA DE ENTERRIA Y T. R. FERNANDEZ, op. cit. en nota núm. 7, pág. 648.



El órgano así notificado y requerido de cumplimiento del fallo, además de acusar recibo en los diez días siguientes, debe (salvo que considere que concurren causas de suspensión o de inejecución, supuesto de que inmediatamente trataremos) adoptar las medidas necesarias a la ejecución en el plazo de los dos meses siguientes -en el caso concreto de condenas al pago de cantidad, las que correspondan conforme a la legislación presupuestaria ya aludida-, procediendo de modo tal que dentro de los seis meses siguientes a la notificación del fallo éste quede totalmente ejecutado (arts. 105.1, a, 108 y 110.2 LJCA).

Durante estos seis meses siguientes a la notificación del testimonio de la Sentencia, el órgano judicial competente puede, mientras no le conste la total ejecución y a instancia de parte interesada, adoptar cuantas medidas estime procedentes para promover y activar dicha ejecución, es decir, la actividad ejecutoria de la Administración o poder público obligados a ella. En todo caso es competente para resolver, en sede del propio proceso de ejecución, cuantas cuestiones se susciten con ocasión de las decisiones, medidas y actuaciones del órgano administrativo o equiparado responsable de la ejecución.

Transcurrido el plazo anterior y mientras no se ultime la ejecución, el órgano judicial, con audiencia de las partes, puede adoptar todas las medidas autorizadas por la Ley (la LJCA y la Ley de Enjuiciamiento Civil, como supletorio) y que considere procedentes, dentro de los límites especificados en el epígrafe anterior (art. 110.2 LJCA). Sin perjuicio de estas medidas puede deducir el tanto de culpa que corresponda para su remisión al Tribunal competente (art. 110.3 y 4 LJCA).

B) Las excepciones: la suspensión de la ejecución y la inejecución por causas legales tasadas o por imposibilidad material o legal; la fijación de nueva forma para el cumplimiento y la expropiación de los derechos reconocidos por la Sentencia.

Dentro de los dos meses siguientes a la notificación del testimonio en forma de la Sentencia (u otra resolución judicial susceptible de ejecución), cuyo fallo no sea confirmatorio de actos o disposiciones, la Administración obligada a la ejecución puede (precisa y necesariamente por acuerdo de su órgano directivo máximo; en el caso de la Administración General del Estado, el Consejo de Ministros), apreciando la concurrencia de uno

de los supuestos tasados en el artículo 105.2 LJCA (peligro de trastorno grave del orden público, temor fundado de guerra con otra potencia, quebranto en la integridad del territorio nacional y detrimento grave de la Hacienda pública por razón distinta a la obligación de pago de cantidad), entender que procede bien la suspensión por un determinado plazo del cumplimiento (total o parcial), bien la inejecución en absoluto del fallo; - considerando que la ejecución del fallo en sus propios términos habría de producir trastorno grave a la Hacienda pública (previo dictamen del Consejo de Estado en caso de la Administración General del Estado) estimar que procede una específica modalidad de pago que dé cumplimiento al fallo en la forma menos gravosa para aquella Hacienda.

Aunque en la LJCA tales suspensión o inejecución aparecen como declaraciones de la competencia de la Administración pública, hoy -por las razones que ya nos constan- deben entenderse como simples facultades de apreciación de las causas legales que pueden motivar o lo uno o lo otro, a los efectos de su planteamiento al órgano judicial competente para la decisión que proceda, aplicando como procedimiento, con resultado idéntico, bien -por extensión- el contemplado en el propio artículo 105.3 LJCA para el supuesto de mera modificación de la modalidad de cumplimiento del pago de cantidad, bien -por analogía- el previsto por el artículo 107 LJCA para los supuestos de suspensión o inejecución por causas de imposibilidad material o legal sobrevenidas. La Administración, por tanto, ha de someter la cuestión -dando lugar a un proceso incidental, dentro del plazo de los dos meses ya indicado y por medio del Abogado del Estado o del Letrado propio- al órgano judicial, el cual, con audiencia de las partes, ha de acordar la forma de llevar a efecto el fallo (aceptando la petición de la Administración, en todo o en parte, o desestimándola).

Transcurrido el plazo de los dos meses siguientes a la notificación de la resolución judicial ya no es posible ninguna de las anteriores iniciativas, siendo rigurosamente inexcusable, conforme al artículo 105.6 LJCA, la ejecución pura y simple, con la sola excepción del planteamiento del incidente de imposibilidad material o legal de dicha ejecución autorizado por el artículo 107 LJCA. La causa determinante de tal imposibilidad, con la consecuencia, bien de la suspensión de la ejecución bien de la inejecución, ha de someterse por la Administración o el poder público



responsable de dicha ejecución al órgano judicial por medio del Abogado del Estado o de su Letrado propio, resolviendo lo que proceda dicho órgano, previa audiencia de las partes.

No procediendo ninguno de los supuestos anteriores, siempre que se trate de una Sentencia ya firme aún no ejecutada y concurriendo materialmente una causa de utilidad pública o interés social, puede procederse en todo caso -previa declaración formal de dicha causa por el Gobierno de la Nación- a la expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una Sentencia (art. 18.2 LOPJ). Al órgano judicial competente para la ejecución corresponde asimismo, en vía incidental, fijar la correspondiente indemnización.

**LA EJECUCION DE SENTENCIAS
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS**

LA EJECUCION DE SENTENCIAS CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVAS

Carlos M. Ayala Corao
Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de
la Universidad Central de Venezuela y la Universidad
Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCION

La ejecución de sentencias ha sido identificada como "el problema fundamental del contencioso administrativo", por el IV Congreso de la Asociación Internacional de Altas Jurisdicciones Administrativas celebrado en Luxemburgo en 1992. Por su lado, González Pérez ha denominado la ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo, como "la hora de la verdad" de la Justicia administrativa, el momento de verificar si un Estado es de Derecho. (Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La Reforma de la Legislación Procesal Administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, página 93). En definitiva, la ejecución de sentencias es la culminación del proceso, pues sin ella se haría nugatoria en definitiva, la satisfacción de la pretensión deducida. Ello es, de nada vale la pena el proceso si no es posible ejecutar lo decidido.

De esta manera se comprende, la importancia del tema sobre la ejecución de sentencias en el contencioso administrativo: la existencia de un control judicial de la legalidad administrativa, sólo es posible si los jueces al decidir lo juzgado, pueden ejecutar lo decidido. De esta manera se cristaliza además el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración Pública.

Ahora bien, el proceso contencioso administrativo como todo proceso, gira en torno a las pretensiones concretas que el actor formule ante el órgano jurisdiccional.

Nuestro contencioso ha excedido el ámbito de las pretensiones y las sentencias puramente declarativas, para admitir (por mandato constitucional) las de condena contra la Administración (de hacer, no hacer y de dar).

Sin embargo, como todo proceso, el contencioso administrativo está sometido al principio de la "congruencia procesal" es decir, en sus decisiones el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil) (C.P.C.). Principio éste consagrado en cuanto al proceso contencioso administrativo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (L.O.C.S.J. artículo 131): la Corte decidirá "de acuerdo a los términos de la propia solicitud...".

En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (C.P.C.A.) en Sentencia de fecha 8-3-83, estableció lo siguiente:

"El sentenciador, de acuerdo con las disposiciones citadas, debe ceñirse a las pretensiones de las partes, con arreglo a la demanda y a las excepciones opuestas, lo que conduce a precisar que le está prohibido extenderse a examinar y decidir peticiones u oposiciones que no le hayan sometido expresamente las partes en litigio, ni plantear, desde luego, de modo diverso a como aquéllas lo hicieron el problema jurídico objeto de controversia, para entrar a decidir puntos extraños a los que se han discutido en el juicio. En tal virtud el juez se sale de los parámetros fijados por la norma transcrita cuando, como ha ocurrido en el caso de autos, entra a resolver sobre aspectos planteados por los interesados y absuelva o condene por causa diferente de la que ha sido alegada". (Subrayado nuestro). (Revista de Derecho Público, N° 14).

Por lo cual, de acuerdo con los términos de las pretensiones formuladas por el actor, en base a lo dispuesto en la Constitución (artículo 206) y 131 de la L.O.C.S.J., el juez contencioso administrativo en Venezuela tiene amplios poderes para resolver la *litis* en la sentencia. Estos poderes pueden resumirse de acuerdo al siguiente esquema:

1. Anular actos administrativos:

- A. Efectos generales (normativos)
- B. Efectos particulares:
 - a) unilaterales: positivos: autorizatorios
negativos: restrictivos o sancionatorios
 - b) bilaterales: ej. contratos administrativos.



2. Condenar al pago de sumas de dinero (órdenes de dar)

ej. prestaciones dinerarias debidas en virtud de un contrato; o en virtud de una relación de servicio público.

3. Condenar a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (órdenes de dar).

Estos casos están referidos a la responsabilidad administrativa contractual o extra-contractual: ej. por el hecho ilícito.

4. Disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

A. Ordenes (mandamientos) de hacer, frente a las abstenciones o negativas: acciones de carencia administrativa (artículo 42, numeral 23 y artículo 182 ordinal 1º) (L.O.C.S.J.) ("writ of mandamus").

B. Prohibiciones a la Administración, (o mandamientos) órdenes de no hacer ("injunctions"): ej. abstenerse de realizar o continuar realizando una conducta o actividad ilegal o lesiva.

C. Ordenes de deshacer: ej. demoliciones de obras ejecutadas ilegalmente.

D. Restablecer la situación jurídica infringida, donde incluso el juez directamente puede sustituirse a la Administración: ej. dispensando al particular de obtener el acto solicitado si ello es necesario para ejercer su derecho; como son los casos de el amparo tributario, y las autorizaciones urbanísticas (v.g. constancias de variables urbanas fundamentales).

Ahora bien, el *límite* de los poderes de restablecimiento directo de las situaciones jurídicas subjetivas por parte del juez contencioso administrativo consisten en que éste puede sustituir a la Administración por razones de ilegalidad, pero no por las de mera oportunidad o conveniencia.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sala Político Administrativa (C.S.J.-S.P.A.), en sentencia de fecha 8-8-83, estableció los criterios respecto a dicho límite así:

"Más, *escapa a los poderes de un juez de lo contencioso administrativo* (aún del más alto nivel, como este Supremo Tribunal) *limitado a juzgar sobre razones de ilegalidad* -entendiendo por tal "lo contrario a derecho" (artículo 206 de la Constitución)- *interferir la función administrativa que estuviere fundamentada en razones de oportunidad o de conveniencia - caso de cumplimiento alternativo de sentencias*, presente en autos- *así fuere por la sola vía de fijación de plazos*. Semejante actuación violaría el principio de la separación de poderes, el cual -pese a la forma atenuada en que lo consagra el artículo 117 de la Constitución- continúa informando de manera preeminente nuestro Estado de Derecho, y en cuya virtud la función administrativa, bajo el control del juez, se entiende sin embargo independiente de éste". (Subrayado nuestro). (*Revista de Derecho Público*, N° 16, página 184).

Además de estos poderes en cuanto a la satisfacción de la pretensión en sí, el juez contencioso administrativo goza de amplios poderes discrecionales para determinar en su fallo definitivo los "efectos de su decisión en el tiempo", en caso de anulación de actos, tanto de efectos generales (artículo 119, L.O.C.S.J.); como de efectos particulares (artículo 131, L.O.C.S.J.).

Es decir, para determinar si la nulidad del acto se retrocede (*ex-tunc*) al momento en el cual se dictó el acto; o sólo desde el momento mismo de la sentencia (*ex-nunc*); o uno diferente: casos de actos de efectos generales, cuya anulación surtirá efectos al publicarse en Gaceta Oficial (artículo 119 y 120, L.O.C.S.J.). Con todo ello, la tendencia general es a declarar la nulidad con efectos hacia el pasado, en caso de nulidad absoluta.

En otros casos, el uso de esta facultad por la Corte ha sido discrecional, como fue el caso de la sentencia de fecha 12-5-85, dictada por la S.P.A.-C.S.J. (caso "Ordenanza de Zonificación de Urbanización Ciudad Balneario Higuerote" 12-5-83), donde si bien una ley local fue declarada nula por no cumplir con los requisitos establecidos en el entonces artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (L.O.R.M.) para cambios de zonificación; la Corte retrotrajo los efectos de la sentencia al 12-5-85, ello es, a la fecha de entrada en vigencia de la Ordenanza.

En relación a los actos administrativos de efectos particulares, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido como principio general, los efectos *ex-tunc* de la sentencia de nulidad en materia inquilinaria. Así, en sentencia de fecha 13-11-86, la C.P.C.A. sostuvo dicho criterio: (*Revista de Derecho Público*, N° 28, página 143):

"Para decidir la cuestión es necesario *precisar previamente si la decisión del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato que modifica la regulación establecida*



por el organismo administrativo constituye un acto anulatorio o constituye un acto revocatorio. En efecto, si la decisión del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato es anulatoria, su efecto es ex-tunc; esto es, hacia el pasado, arrasando con todo aquello que se hubiese podido producir desde el momento que fue dictado hasta el momento en que fue declarada su extensión, en virtud de que adoleció de un vicio de tal naturaleza que impidió su existencia y, en consecuencia, la producción de su eficacia.

Por el contrario, *si se estima que el acto es revocatorio, su efecto es revocatorio, su efecto es ex-nunc, esto es, desde el momento en que es dictado el acto, por lo cual con su pronunciamiento no se efectan los efectos que se hubiesen podido producir con anterioridad a su emanación.*

En general los actos de control con fuerza extintiva o modificada dictados por los tribunales contencioso-administrativos son actos anulatorios, por cuanto están destinados a controlar la legitimidad de la actuación del órgano controlado. No escapa, a juicio de esta Corte, la decisión en materia de fijación de alquileres que dicte el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato a la regla antes señalada, por cuanto mediante la "apelación" prevista en la Ley de Regulación de Alquileres y desarrollada en su Reglamento lo que se intenta es obtener el control jurisdiccional de los actos administrativos del organismo disciplinario. Incluso, hoy en día se considera que contra las decisiones de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento (así como de los Concejos Municipales en materia inquilinaria) lo que procede es el recurso contencioso administrativo de nulidad contra los actos particulares previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 121 y siguientes).

De allí que, si el efecto de la decisión del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato cuando se pronuncia sobre la regulación establecida por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento es anulatoria, la decisión dictada originalmente por el organismo administrativo no sólo deja de tener efecto, sino que su extinción se retrotrae al momento en que fue dictada, sustituyéndose en el tiempo tal decisión por la que emane del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato. Dicho en tal forma, no se ha violado en forma alguna ni el artículo 15 de la Ley de Regulación de Alquileres, cuya violación fuera denunciada, ni ninguno de los principios fundamentales relativos al acto administrativo contemplados fundamentalmente por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El artículo 15 de la Ley de Regulación de Alquileres, es garantía de la ejecutividad de la regulación establece que la misma se aplicará "hasta tanto la apelación sea decidida". Esto quiere decir que el propietario estaba sometido al canon máximo mensual fijado por la regulación; pero si la misma es anulada, obviamente que los efectos de tal anulación se retrotraerán al momento en que fue dictado el acto extinguido" (Subrayado nuestro).

En relación a los efectos de las sentencias que declaran la nulidad absoluta de los actos administrativos, la jurisprudencia ha establecido como

principio general los efectos *ex-tunc* de dicha declaratoria. Tal es el caso de la sentencia dictada por la C.P.C.A. de fecha 18-12-86:

"Ahora bien, como se constató anteriormente, al establecerse la *incompetencia* del órgano, la *consecuencia* es la *nulidad absoluta del acto*, lo que *implica la imposibilidad por parte de la Administración de subsanar el acto así calificado*, por cuanto tal *declaración tiene efectos ex-tunc*, en el sentido, que las consecuencias de esa *nulidad absoluta son hacia el pasado y hacia el futuro*, no sólo sobre el acto administrativo de segundo grado, sino también del acto administrativo constitutivo, el cual se encuentra subsumido en la providencia ratificatoria que emanó de la incompetente Comisión Metropolitana de Urbanismo, y así se declara". (Subrayado nuestro). (*Revista de Derecho Público*, N° 29, página 138).

Así mismo, la C.S.J.-S.P.A. sostuvo dicho principio general de los efectos *ex-tunc* de sus sentencias declarativas de la nulidad absoluta del acto administrativo, como fue el caso de la sentencia de fecha 13-4-89:

"Como bien observa el propio solicitante, *habiéndose declarado la nulidad absoluta* de las cuatro Resoluciones impugnadas del Banco Central de Venezuela, *sus efectos tienen necesariamente que retrotraerse a la fecha de las mismas, 17 de febrero de 1989*.

Sólo en casos excepcionales podrían modificarse los efectos en el tiempo de la nulidad absoluta de un acto, pero ello requiere que la Corte así lo declare expresamente en uso de la facultad que le otorga el artículo 131 de su Ley Orgánica.

Ante la ausencia de una declaración de tal naturaleza y tratándose de la nulidad absoluta de las Resoluciones impugnadas, es indiscutible el efecto retroactivo de la decisión, y así se ratifica y deja aclarado". (Subrayado nuestro). (*Revista de Derecho Público*, N° 38, página 37).

II

LA EJECUCION DE SENTENCIAS

Como quedó dicho, la ejecución de sentencias forma parte normal del proceso judicial. La tríada integrada por "acción-proceso-jurisdicción" fundamentan esa afirmación. Si el contencioso administrativo es un proceso -como en efecto lo es-, entonces a él le son aplicables los mismos principios y consecuencias del proceso en general. La ejecución de sentencias, afirma CANO MATA, no hace sino llevar a efecto una resolución judicial y, por lo



tanto, los actos materiales o técnicos en que la ejecución consiste carecen de viabilidad propia e independiente, recibiendo naturaleza análoga a la de la resolución que da sentido y fundamento a esta ejecución. (CANO MATA, Antonio, "Ejecución Judicial de las Resoluciones Contencioso-Administrativas", *Revista de Administración Pública*, N° 70, Madrid, pág. 37).

1. Fundamentos

Los fundamentos de la ejecución de sentencias tienen una doble vertiente: una objetiva u orgánica, y otra subjetiva o dogmática.

A. Objetivos u orgánicos

El fundamento orgánico se refiere a la naturaleza misma del poder jurisdiccional de los tribunales. En efecto, el ejercicio del Poder Judicial conlleva tres fases inseparables: -*conocer* el conflicto -*decidirlo* mediante una sentencia con fuerza de verdad legal; y -*hacer cumplir lo decidido*.

En otras palabras, "juzgar" y "ejecutar lo juzgado", son partes inseparables del ejercicio del poder jurisdiccional. En definitiva, la ejecución de sentencias es la expresión de la autonomía e independencia del Poder Judicial.

B. Subjetivos o dogmáticos

Los fundamentos subjetivos se refieren a los derechos fundamentales o constitucionales envueltos en la propia ejecución de sentencias. Se trata en definitiva del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial: utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de los derechos e intereses. Y la tutela judicial no es efectiva, si no se alcanza a ejecutar la declaración contenida en la sentencia.

2. Problemas planteados

Dos principios encontrados:

Algo que parece incontrolable, al menos desde el punto de vista técnico, es la procedencia de la ejecución judicial de sentencias contra la

Administración, sin embargo, le han sido opuestos otros principios para objetar su procedencia.

Así frente al *principio de legalidad* (artículo 117, C.), que postula en favor del control de los actos de ejecución, se ha presentado el *principio de separación de poderes*, (art. 118, C.), que tendía a hacer impracticable un control efectivo de los mismos. La antigua Ley francesa del 16-24 de agosto de 1790, contenía una peculiar interpretación, que prohibía a los jueces del contencioso administrativo dar órdenes a la Administración, o en general interferir en su autonomía (“ne pas de injuncion l’ administration”). Otro principio no menos importante que se ha opuesto a la ejecución de los fallos condenatorios a la Administración ha sido el de la *legalidad del gasto público*, es decir, la prohibición de hacer del tesoro público gasto alguno que no haya sido previsto (art. 227, C.) Históricamente todo ello llevó al modelo del privilegio de la Administración para ejecutar ella las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos. En otras palabras, al privilegio de la *autoejecución administrativa* de los fallos judiciales. Ello fue reforzado con otro tipo de privilegios de la Administración, tendientes a impedir las órdenes judiciales de ejecución de sentencias: inembargabilidad de derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Pública; y en general la exención de éstos de medidas judiciales preventivas y ejecutivas.

García de Enterría (*Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid. 1989, pág. 151) ha denominado estos privilegios como “un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”. Ese “fósil medieval” está plenamente *viviente entre nosotros*, particularmente respecto a la República en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (L.O.P.G.R.). La L.O.H.P.N. dispone en su artículo 16:

“Los bienes, rentas y derechos o acciones pertenecientes a la Nación no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En consecuencia, los jueces que conozcan de ejecuciones contra el fisco, luego que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen por quienes corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado”.



Dicha norma, equivalente a la contenida en el artículo 46 de la L.O.F.G.R., al consagrar la inembargabilidad de bienes, rentas y derechos de la República, sin distinguir ni siquiera si son del dominio público o privado, o si están afectados a un servicio público, termina consagrandone un irrazonable privilegio de “intocabilidad absoluta” de aquellos. En efecto, dichas normas harían ineficaz por inejecutable, cualquier fallo contencioso administrativo de condena, si la Administración Pública no quiere cumplirlo voluntariamente.

Sin embargo, en Venezuela, con base en la Constitución misma, como norma jurídica vinculante, es forzoso concluir que los tribunales de lo contencioso administrativo están facultados para hacer ejecutar sus sentencias contra la Administración, por lo cual, resultan claramente inconstitucionales las leyes que sustraen al Poder Judicial de la ejecución de sus fallos administrativos, así como las que establecen privilegios genéricos de inembargabilidad de dineros y bienes públicos.

3. Bases constitucionales de la ejecución judicial

La ejecución judicial de las sentencias contencioso-administrativas se fundamenta en una serie de derechos y principios constitucionales que comentamos a continuación.

A. El derecho a la tutela judicial efectiva

a. El derecho genérico a la tutela judicial.

El artículo 68 de la Constitución consagra el derecho de todos a utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Debemos entonces entender que los elementos esenciales de dicho derecho se refiere a los siguientes:

- a. Referido a todos los ciudadanos
- b. Se trata de un verdadero derecho (efectividad: goce y ejercicio)
- c. No excluye a los derechos e intereses relacionados con la Administración.

b. El derecho a la tutela judicial frente a la administración:

El artículo 206 de la Constitución consagra como derecho ciudadano la protección judicial frente a la Administración, lo cual incluye la anulación

de actos; condena de pago de indemnizaciones de daños y perjuicios a la Administración; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas. Precisamente para hacer efectivo ese derecho a la tutela judicial contencioso administrativa el mencionado artículo comprende: juzgar a la Administración; *ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado*. Adicionalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, está consagrado como un derecho humano, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José. El artículo 25 de la CADH consagra el *derecho* de toda persona a un *recurso judicial* efectivo frente a los actos que violen sus derechos reconocidos por la Constitución, por la ley o por la propia CADH, “aun cuando tal decisión sea cometida por personas que actúen en *ejercicio de sus funciones oficiales*”. Conforme al aparte 2. de dicha norma: “Los Estados partes se comprometen: ... (omissis); c) A garantizar el *cumplimiento*, por las autoridades competentes, de *toda decisión* en que haya *estimado procedente el recurso*” (Subrayado nuestro). En consecuencia, el derecho a la tutela judicial de los derechos frente a la Administración (comprendida dentro de las “funciones oficiales”) es al mismo tiempo un derecho humano; y más específicamente, también es parte integrante del derecho humano a la ejecución de las decisiones que hayan estimado procedente esos recursos judiciales. Por lo cual, el derecho a la ejecución judicial de sentencias frente a la Administración es igualmente en nuestro sistema un derecho humano. Además, debemos advertir que conforme a nuestro ordenamiento constitucional los derechos humanos como “derechos inherentes a la persona humana”, son también derechos constitucionales (art. 50, C.).

Los principios y derechos anteriormente expuestos, en relación al derecho a la ejecución judicial de los fallos contra la Administración, como expresión o concreción en definitiva del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la propia Administración, han sido ratificados y desarrollados por nuestra jurisprudencia contencioso administrativa. En palabras de la sentencia dictada por la S.P.A.-C.S.J. de fecha 22-11-90 (caso “Enrique Luis Fuentes y otros vs. Decreto Parque Nacional Mochima” conocida simplemente como “caso Mochima”):

“En la garantía de la defensa judicial de los derechos, a que se contrae el artículo 68 de la Constitución, se halla implícito el derecho a la ejecución de las sentencias, como forma efectiva esa tutela. En este sentido vale la pena traer a colocación la



doctrina del Tribunal Constitucional español, que ha expresado lo siguiente: “(omissis) la inejecución pura y simple de una sentencia contencioso administrativa (omissis) dejaría ignorados los derechos e intereses de la parte que obtuvo su tutela efectiva a través de sentencia favorable a los mismos, derecho también reconocido en (omissis) la Constitución que este Tribunal no puede desconocer” (Sentencia de fecha 31-03-81, citada por *Foint i Llovet, Tomás*, en “La Ejecución de las Sentencias Contencioso Administrativas”, Cuadernos Civitas, Madrid. 1958, pág. 52, Nota 19). El reconocimiento de tal derecho resulta, por otra parte, fundamental para el Estado de Derecho. En este orden de ideas, el mismo Tribunal Constitucional citado, ha dicho: “(omissis) difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplan las sentencias y resoluciones judiciales firmes (omissis). Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que “dicho incumplimiento - si se produjera - no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones firmes” (Sentencia de fecha 07-06-84, *vid op.cit.*, pág. 55)”

B. El derecho a la igualdad:

El Preámbulo de nuestra Constitución consagra el derecho a la igualdad (jurídica y social); y la norma contenida en el artículo 61 del Texto Fundamental prohíbe las discriminaciones. Como consecuencia de ello puede concluirse, que nuestro sistema constitucional prohíbe las desigualdades procesales irrazonables frente a la Administración.

La tendencia en el proceso administrativo es la subjetivización del mismo, considerando como en todo proceso, que el mismo está integrado por partes. Por lo cual, las partes deben concurrir al proceso en condiciones de igualdad “sin preferencia ni desigualdades” (art. 15, C.P.C.). En consecuencia, en respeto al derecho a la igualdad procesal, el particular debe -al igual que la Administración- poder hacer ejecutar los fallos estimatorios contra la Administración, pues de lo contrario se le estaría tratando con una desigualdad discriminatoria.

C. El derecho a la responsabilidad patrimonial del Estado

La Constitución (art. 47) consagra el derecho (de los venezolanos y extranjeros) a pretender de la República, los Estados y Municipios que les indemnicen los daños, perjuicios y expropiaciones causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

Este derecho se conoce como el principio de responsabilidad del Estado.

Como norma jurídica vinculante el derecho consiste en la indemnización efectiva, frente al Estado ello es, no sólo declarativa sino de ser necesario, con la ejecución judicial de la sentencia condenatoria a daños y perjuicios.

D. El principio de juridicidad (legalidad)

La norma contenida en el artículo 117 del Texto Fundamental establece:

“La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público (Administración), y a ellas debe sujetarse su ejercicio”.

Este principio del Estado de Derecho significa el sometimiento de la Administración al Derecho; y ello no es concebible sin el sometimiento pleno al juez (garantía judicial). En un Estado de Derecho ello implica, que no hay Derecho sin que los tribunales lo declaren (sentencien) e impongan (ejecuten sus decisiones).

En consecuencia, ejecutar lo decidido por la sentencia es de la competencia exclusiva del juez. Precisamente una de las competencias legalmente atribuidas a los jueces de la República es la de “conocer las causas”, “decidirlas” y “ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”. En este sentido, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

“Artículo 4: *Corresponde al Poder Judicial conocer, salvo las excepciones expresamente establecidas por la Ley, de las causas y asuntos Civiles, Mercantiles, Penales, del Trabajo, de Menores, Militares, Políticos, Administrativos y Fiscales, cualesquiera que sean las personas que intervengan; decidirlos definitivamente y ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare*”. (Subrayado nuestro).

En el mismo sentido, el Código de Procedimiento Civil dispone que los jueces cumplirán y “harán cumplir sus sentencias”:

“Artículo 21: *Los Jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la colaboración que éstos requieran*”. (Subrayado nuestro).

Nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado sobre el particular afirmando el poder de ejecución de las sentencias por parte de los jueces.



Así en sentencia dictada por la C.S.J.-S.P.A. de fecha 22-11-90 (“Enrique Luis Fuentes y otros”- Parque “Mochima”), se estableció la siguiente doctrina:

“Ahora bien, es el Poder Judicial, como titular de la jurisdicción, a quien corresponde ejecutar lo juzgado. Así se reconoce en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que desarrolla el contenido de la función jurisdiccional, incluyendo dentro de ella, no solo la facultad de decidir definitivamente las causas de que conozca, sino también la facultad de ejecución, es decir, la de “ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare”. Esta atribución y responsabilidad constitucional se traduce procesalmente en el poder atribuido a los órganos jurisdiccionales de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución, y para asegurarla (Vid. arts. 523, 524, 526, 527 y 549, único aparte, del Código de Procedimiento Civil). E, igualmente, esta potestad de ejecución principal y complementaria se les reconoce también para garantizar las medidas precautelativas que hubieren dictado. En efecto, el artículo 588, primer parte, eiusdem respecto del mantenimiento de las medidas preventivas, que dicten los jueces, expresa: “Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”. *Principios éstos también aplicables al procedimiento contencioso administrativo por vía de la remisión que el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hace a los principios generales contenidos en el Código de Procedimiento Civil*”. (Subrayado mío).

E. Autonomía e independencia de los jueces respecto a los demás órganos del Poder Público (Administración) (art. 205, C.)

En el ejercicio de sus funciones, los jueces son autónomos e independientes respecto a la Administración Pública; por lo cual, aquéllos no deben ni tienen por que abstenerse de ejecutar sus fallos contra el Estado en general ni contra la Administración en particular.

F. Deber de las demás autoridades de la República (Estados y Municipios) de prestar a los jueces la colaboración que estos requieran para el mejor cumplimiento de sus funciones (art. 209).

Este deber de colaboración de los órganos del Estado con los jueces para el mejor cumplimiento de sus funciones, incluye desde luego el deber de la Administración Pública de colaborar con los jueces en la ejecución de sus sentencias como expresión del ejercicio de sus funciones.

En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 6) consagra expresamente, la potestad de los Tribunales de requerir de “las demás autoridades”, el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, para la ejecución de sus decisiones; y en general, “valerse de todos los medios legales coercitivos de que dispongan”. Como contrapartida de esa potestad judicial, la autoridad así requerida, debe prestar su concurso, sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pida, ni “la justicia o legalidad” de la sentencia que se trate de ejecutar (art. 6, eiusdem).

Por lo cual, la Administración está obligada a colaborar con los jueces en la ejecución de sus fallos: en primer lugar de manera voluntaria; y en su defecto, si es necesario, de manera forzosa.

De los anteriores principios constitucionales podemos concluir, que la ejecución de las sentencias emanadas de los jueces contencioso-administrativos se fundamenta en elementos subjetivos: ejercicio de derechos constitucionales; y objetivos: potestades y competencias propias de la jurisdicción.

Por ello resulta inadmisibile la tesis de la C.SJ-S.P.A. (3 vs. 2), de excluir a los tribunales contencioso-administrativos de la ejecución de sus sentencias en materia de inquilinato, cuando conozcan de la impugnación de decisiones de desalojos por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, expresada en Sentencia de fecha 9-11-89:

“Por tanto, para decidir el caso es necesario analizar previamente la interpretación que se ha venido haciendo sobre el alcance de la autorización de desalojo emanada de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento cuando el inquilino se niega a desocupar el inmueble dentro del plazo legal acordado. En tal supuesto - se ha sostenido reiteradamente-, para hacer efectiva la decisión administrativa autorizatoria del desalojo debe ejecutársela acudiendo a la vía judicial, distinguiéndose entonces: primero y de una parte, la resolución firme en vía administrativa, cuya ejecución estaría a cargo de la jurisdicción judicial ordinaria -según dicha interpretación-, mediante el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Civil para los juicios breves; de la -segundo, y por otra parte- decisión administrativa contra el cual se interpusiere recurso, cuya ejecución, resuelto o agotado el mismo, correspondería a los tribunales contencioso administrativo que de éste hubieren conocido”. (Revista de Derecho Público, N° 40)



III LA EFICACIA JURIDICO-PROCESAL COMO PRESUPUESTO DE EJECUCION

1. La eficacia jurídico procesal de la sentencia se desenvuelve en dos direcciones:

A.) Ejecutiva: consiste en la actividad judicial tendiente a la ejecución del fallo, con o sin la voluntad del obligado, adoptándose las medidas que fuesen necesarias.

B) Declarativa: consiste en la influencia del fallo en ulteriores actividades declarativas de carácter jurisdiccional, es decir, imposibilidad de que otro órgano jurisdiccional dicte una sentencia sobre el asunto.

Esta eficacia declarativa de la sentencia es la que se denomina en sentido estricto, "cosa juzgada".

2. Los Requisitos para que una sentencia produzca efectos de cosa juzgada son: 1° que la sentencia recaiga sobre el fondo; y 2° que sea firme.

Además, la cosa juzgada requiere del cumplimiento de ciertos límites:

1. Límites subjetivos: En principio, los efectos de la cosa juzgada sólo abarca a las partes del proceso: accionante, y, Administración; -aunque también resulta extensible a aquellos que derivasen derechos del acto impugnado. Habría sin embargo que clarificar dichos límites respecto a las sentencias desestimatorias o estimatorias:

A. Sentencias desestimatorias: desestiman la pretensión, luego declaran la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. En estos casos, la sentencia sólo producirá efectos "entre las partes".

B. Sentencias estimatoria: en principio sólo surten efectos respecto a las "partes del proceso". Sin embargo, la sentencia anulatoria de un acto en la práctica, con la desaparición del acto se produce efectos "erga omnes", pues se extiende de todas las partes o terceros afectados por el acto.

En el caso de las sentencias anulatorias de actos normativos, es obvio que sus efectos siempre serán "erga omnes", por tratarse de un acto cuyos

efectos generales pierden toda vigencia en virtud de su invalidez. Dicho criterio ha sido sostenido por nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 22-9-87, S.P.A.-C.S.J., al sostener:

"Por último, cabe advertir que, dado el carácter que tienen estas sentencias de nulidad por vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad, cuyos efectos son erga omnes, y según el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es facultad de este alto Tribunal determinar "los efectos de la decisión en el tiempo" que pueden ser ex tunc y/o ex nunc, resultaría ocioso que en lo sucesivo la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, persista en la promulgación de estatutos reglamentarios de igual tipo al que es objeto de este fallo (non bis in idem), pues ello sólo comporta, de modo inevitable, un desgaste inútil de jurisdicción.

La derogatoria parcial, por reforma del *Reglamento de Honorarios Mínimos*, está dirigida, según su artículo 46, a dejar sin efecto todas aquellas disposiciones de los Reglamentos de los Colegios de Abogados actualmente vigentes, en cuanto se opongan al nuevo ordenamiento o señalen tarifas inferiores a las que se adoptan a partir del 1° de junio del corriente año, sin que en ningún dispositivo de su articulado se mencione como derogado, total o parcialmente, el Reglamento Nacional de Honorarios Mínimos dictado por el Consejo Superior de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, de fecha trece (13) de julio de 1982, que es precisamente el objeto de esta Sentencia, cuya vigencia continúa por no estar tocado, ni siquiera tangencialmente, en sus principios fundamentales". (Subrayado nuestro).

2. Límites objetivos: Estos vienen dados en virtud del contenido de los fallos, en cuyo caso es igualmente necesario diferenciar el contenido de las sentencias.

A. Sentencias desestimatorias: En estos casos existe una identidad objetiva entre pretensión resuelta por la sentencia y la nuevamente deducida. Un mismo "*petitum*" y una misma "*causa petendi*".

B. Sentencias estimatorias: La anulación del acto despliega por sí sola una eficacia general al desaparecer jurídicamente el acto, por lo cual, no tendrá sentido una nueva pretensión, aunque esté basada en un motivo distinto. Dicho criterio es el contenido en la sentencia de fecha 4-11-86, dictada por la C.P.C.A.:

"Corresponde en consecuencia determinar si podía o no el organismo administrativo ordenar la nueva remoción en base a los mismos supuestos que determinaron la declaratoria de nulidad de su acto precedente. Está en juego así la noción de la cosa juzgada y de su alcance, por cuanto se trató del mismo sujeto; del mismo cargo; de la misma relación jurídica y de iguales motivos para



proceder a la remoción. A juicio de esta Corte, no hay duda alguna de que la Administración no podía una vez reincorporado el funcionario por sentencia definitivamente firme de un tribunal contencioso administrativo, proceder a su remoción por iguales motivos, sin que ello implicase la violación de la cosa juzgada que ordena el respeto de lo decidido entre las mismas partes y sobre el mismo objeto y contenido. La simple contratación del hecho de que se hubiese efectuado un pronunciamiento en sentido contrario a una decisión definitivamente firme de un organismo jurisdiccional es constitutiva de la ilegalidad del acto y, asimismo, un grave vicio de la sentencia apelada que obliga a declarar la nulidad de ambas decisiones por ser violadores de los principios fundamentales en los cuales se basa el orden jurídico". (*Revista de Derecho Público*, N° 28, página 143).

3. La garantía jurisdiccional de la cosa juzgada: La garantía procesal de la cosa juzgada consiste en la inadmisibilidad de las nuevas acciones que tienda a replantear el debate judicial resuelto definitivamente. Por ello la cosa juzgada es una causal de inadmisibilidad de la nueva demanda.

A. En juicios de nulidad de actos de efectos generales: (art. 115, L.O.C.S.J.); y

B. En juicios de nulidad de actos de efectos particulares. Si bien esta causal no figura expresamente en el artículo 124, de la L.O.C.S.J., se entiende comprendida en virtud de su remisión al ordinal 1° del artículo 84, el cual establece "cuando así lo disponga la Ley". El C.P.C., establece entre las "cuestiones previas" (artículo 346 ordinal 9°): "la cosa juzgada". El efecto de la inadmisibilidad por esa causal es que "la demanda quedará desechada y extinguido el proceso". (art. 356, C.P.C.). (Véase sobre este tema GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, páginas 325 y siguientes).

IV REQUISITOS PARA LA EJECUCION

Los requisitos para la ejecución de las sentencias pueden clasificarse en objetivas y subjetivas.

1. **Objetivos:**

A) **Organo competente:**

El tribunal de la causa ello es, aquel que haya conocido la causa en primera instancia (art. 523, C.P.C.). O evidentemente el mismo tribunal ó juzgado, en los casos de instancia única.

2. Subjetivos:

La legitimación activa: El tribunal, a petición de la parte interesada pondrá un decreto ordenando la ejecución de la sentencia definitivamente firme (art. 524, C.P.C.).

Sin embargo, frente a dicho principio general, existen al menos dos *excepciones*:

A. Las sentencias cautelares o interlocutorias, como es el caso de la medida de suspensión de efectos en los juicios de nulidad, cuya apelación se oye en un solo efecto, ello es, el devolutivo (arts. 290 y 291, C.P.C.).

B. Las sentencias definitivas de amparo constitucional y hábeas corpus, cuyas apelaciones (o consultas) se oyen en el solo efecto devolutivo (arts. 35 y 43, L.O.A.).

V

MEDIOS DE EJECUCION

1. Principio general: la ejecución voluntaria

Las sentencias deben ejecutarse por el obligado en los términos exactamente ordenados.

El C.P.C. establece que en el decreto de ejecución el tribunal fijará un lapso (no menor de 3 días ni mayor de 10), para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario; y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente ese lapso, sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia (art. 524, C.P.C.).

Por ello, y de manera análoga, la Administración debe cumplir voluntariamente las sentencias en su contra, en los términos exactamente ordenados. Dicho cumplimiento voluntario debe realizarse en el lapso que determine el tribunal, pues de lo contrario, éste puede ordenar la ejecución forzosa del fallo. Así, la Administración como toda parte perdedora en un proceso, cuenta con una primera fase de cumplimiento o auto-ejecución voluntaria de lo ordenado en el fallo, pero en caso contrario, se verá obligada a ejecutar lo decidido aún en contra de su voluntad.



2. La ejecución de sentencias declarativas

Estas sentencias consisten en la mera declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica. Por lo cual, no es susceptibles de ejecución forzosa por innecesaria.

No obstante ello, su desconocimiento por la Administración, cuando se dicta un acto nuevo, podrá conllevar a la anulación de éste nuevo acto por vía ejecutiva.

3. La Ejecución de sentencias constitutivas

En estos casos la pretensión y la sentencia consisten en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica preexistente. Por lo cual, la sentencia produce efectos directamente en las relaciones jurídico materiales.

Estas sentencias se ejecutan con la mera declaración judicial, por lo que el solo reconocimiento o acatamiento del fallo por la Administración será suficiente.

En el caso de sentencias de nulidad de actos de efectos generales, la ejecución de las sentencias es "consustancial" con el fallo mismo. Este fue el criterio sostenido por nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 18-5-87 S.P.A.-C.S.J:

"La facultad de los órganos jurisdiccionales para declarar la nulidad de actos del Poder Público, constituye un mecanismo de garantía por el ordenamiento jurídico para preservar su propia y plena vigencia a través de la aplicación efectiva del principio de legalidad.

Cuando esta fórmula de control recae sobre actos de contenido normativo la preservación de la legalidad se opera mediante la desincorporación de la disposición anulada del ordenamiento jurídico positivo, de tal manera que no puede pretender entonces autoridad alguna, emitir pronunciamientos legítimos con base en una norma anulada, al igual que sucede cuando se produce la derogatoria de ésta.

La ejecución de sentencias que tengan como contenido la declaración de nulidad de una norma es consustancial al fallo mismo y opera y se hace efectiva de manera inmediata, con la sola publicación oficial de la decisión del juez (artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), sin que ello sea menester la

aplicación de medios coercitivos auxiliares o complementarios, con lo cual, la falta del debido acatamiento a la sentencia al pretenderse aplicar una norma anulada -vale decir, extinguida-, comporta cuando menos un vicio manifiesto de ausencia de fundamento legal de la actuación que en tales condiciones se realice. Como manera de corregirlo ponen los ordenamientos jurídico-positivos en manos de las personas públicas y privadas una apreciable variedad de recursos específicos -ofrecidos por el legislador venezolano a los interesados, en generosas condiciones de amplitud- para que puedan hacer uso de ellos tanto en vía contencioso administrativa como constitucional.

Pero, además, cuando un funcionario actúa contrariando la decisión de un órgano judicial, corre el riesgo de incurrir en situaciones capaces de engendrar responsabilidades concretas de graves sanciones previstas en nuestro ordenamiento positivo y aplicables directamente tanto a la persona moral de derecho público como al o a los funcionarios que la representan.

En síntesis: la posibilidad de controlar jurídicamente las actuaciones ilícitas o las decisiones ilegales e imponer los correctivos a que hubiere lugar, encuentra cauces procedimentales consagrados en nuestro sistema judicial que no han sido ejercidos en el caso presente". (Subrayado nuestro). (*Revista de Derecho Público*, N° 31, página 134).

4. La ejecución de sentencias de condena

Estas sentencias imponen al demandado la "condena" a unas pretensiones positivas o negativas. Por lo cual, la condena puede consistir en los siguientes supuestos:

A) La Condena a los particulares

A su vez la condena a particulares puede presentar las siguientes opciones:

a) Una vez confirmado el acto, impugnado la Administración puede proceder a su ejecución forzosa por los medios previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 87).

b) La ejecución forzosa de la sentencia en sí por las vías ordinarias previstas en el Código de Procedimiento Civil.

El resto de los supuestos se refieren a la condena de la Administración.

B) Condenas al pago de dinero (dar)

La vía ordinaria, cuando el condenado no cumple voluntariamente es el embargo de sus bienes y su ulterior remate para obtener el dinero que se



precisa. El artículo 527 del C.P.C. dispone: si la condena recae sobre una cantidad líquida de dinero el juez mandará embargar los bienes del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas.

Sin embargo, los obstáculos a la ejecución contra entidades públicas, como se ha expresado, pueden resumirse en:

a) La Legalidad presupuestaria

Las administraciones públicas no pueden hacer erogaciones de sus tesoros, no previstas en sus leyes de presupuesto. En este sentido, la Constitución consagra dicho principio de reserva legal presupuestaria (artículo 227). Sin embargo, esa misma norma constitucional prevé como caso de excepción los "créditos adicionales para gastos necesarios no previstos". Así como la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario regula las "rectificaciones de presupuesto" y los "traspasos partidas"

b) La inembargabilidad de caudales públicos

Prohíbe el embargo y la posibilidad de despachar mandamientos de ejecución contra caudales públicos (L.O.H.P.N. y L.O.P.G.R.).

Sin embargo, la aceptación de dichos obstáculos como imposibilidad absoluta de la ejecución judicial forzosa de las sentencias condenatorias de dinero contra el Estado, ocasionaría graves consecuencias, entre ellas:

- violación del derecho a la tutela judicial
- violación de las potestades del poder judicial
- violación de la cosa juzgada
- irresponsabilidad de la Administración
- ineficacia administrativa: aceptación e incentivo a la práctica de contratar por encima de las capacidades presupuestarias o asumir responsabilidades ilegítimas.
- Desigualdad frente a la Administración: sólo los más poderosos o corruptos logran hacer efectivos sus pagos

C) Normas especiales en el ámbito Municipal

Afortunadamente la legislación venezolana si ha avanzado al respecto, incorporando normas que regulan la ejecución judicial de las sentencias condenatorias de sumas de dinero contra la Administración y el Municipio en general. Si bien estas normas están referidas expresamente al ámbito

municipal, como se verá más adelante, las mismas han servido de base para su extensión por vía analógica a diversos supuestos nacionales.

Dichas normas podemos resumirlas de la manera siguiente (art. 104, L.O.R.M.):

a) El tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al Alcalde, quien dentro del término señalado por el tribunal deberá proponer al Concejo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia.

b) El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del Alcalde:

a') Si aprueba: aquélla queda firme ;

b') Si rechaza: el tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición.

c) En caso de que:

a') esta nueva proposición tampoco fuere aprobada por el interesado; ó

b') El Municipio no la hubiere presentado, entonces el tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a la sentencia, según los procedimientos siguientes:

d) El tribunal a petición del interesado, ordenará que se incluya el monto a pagar, en la partida respectiva en el próximo presupuesto, (encargándolo a una partida presupuestaria no imputable a programas, la cual no excederá del 5% de los ingresos ordinarios del Municipio).

e) Pero si:

a') la orden del tribunal no fuere cumplida; o

b') la partida no fuere ejecutada.



El tribunal, a instancia de parte ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil: ello es, con el embargo y ulterior remate de bienes, salvo de aquellos destinados al uso público o al servicio público.

D) Las normas en el ámbito nacional

Como vimos, el artículo 16 de la L.O.H.P.N. excluye de embargo, secuestro, o cualquier otra medida de ejecución preventiva o definitiva, a los bienes, rentas, derechos o acciones de la República.

Así mismo, la L.O.P.G.R. en su artículo 46, amplía la protección a los bienes de otras entidades públicas o incluso de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública nacional.

Estos privilegios, particularmente el de la L.O.H.P.N. es lo que García de Enterría ha denominado "fósiles medievales", que como vimos antes, contrarían el régimen de los derechos constitucionales y las potestades jurisdiccionales para ejecutar lo juzgado, consagrando un régimen general y absoluto de intocabilidad del sector público, y por ende, impidiendo -en principio- la ejecución forzosa de los fallos condenatorios. Frente a ello, podemos plantearnos las siguientes posibilidades:

a) Interpretación judicial restrictiva de dichos privilegios acorde con las posibilidades de ejecución. Ello conllevaría a interpretar dichos privilegios como la fase de ejecución voluntaria, vencida lo cual, se podía iniciar la ejecución forzosa; b) Desaplicación de dichas normas sobre privilegios por inconstitucionales a un caso concreto de ejecución (art. 20, C.P.C.). Esta ha sido de alguna manera, la solución dada por la S.P.A. en su decisión de fecha 9-5-91 ("Servicios Técnicos Sanitarios Municipales, C.A. vs. IMAU"), al acordar aplicar por "analogía" frente a un instituto autónomo nacional, cuya ley consagraba los privilegios procesales, las referidas normas contenidas en la L.O.R.M. sobre ejecución de fallos condenatorios. La mencionada decisión textualmente expresa:

"...en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de sus bienes, que de manera general se enuncia en el artículo

16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y por el llamado principio de la legalidad presupuestaria a que se contrae el artículo 227 de la Constitución, que ratifica el artículo 17 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Según el primero de tales principios, no es posible decretar embargos ejecutivos, sino que por el contrario, los jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de los principios señalados, se establece que cuando se trate de compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que en realidad es la propia Administración la que ejecuta sus sentencias y no el Poder Judicial, lo que podría dar lugar a que tales sentencias resulten ineficaces en la práctica, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, la Sala entiende que en el derecho constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten (Vid. Sentencia de fecha 22-1-90 caso Decreto N° 1030 de fecha 26-10-90, sobre el Parque Mochima). Derechos éstos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial corresponde garantizar, conforme a las facultades que se desprenden de los artículos 204 de la Constitución y 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Poderes éstos que esta Sala ha proclamado en diversas sentencias en las cuales se han dictado condenas contra la Administración Pública (Vid. Sentencias de fechas 07-06-82, "Caso Zamora Izquierdo"; 12-05-83, "Caso Ana Elia Marin de Ruiz"; 16-06-80, "Caso orales Longart"; y 01-05-84 "Caso Enrique Castillo").

Por tanto, aun respetando los anteriores principios, la Sala no puede dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional, garantizando la ejecución de sus fallos, como un modo de garantizar el derecho a la justicia, que se desprende del artículo 68 de la Constitución de la República.

En el caso de autos, por disposición expresa de la Ley que crea el Instituto Municipal de Aseo Urbano, (art. 2° de la Ley de Nacionalización y Coordinación de los Servicios de Recolección y Tratamiento para Residuos, Desechos y Desperdicios de 02-08-76), este Instituto Autónomo goza de "los privilegios y prerrogativas que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional acuerda al Fisco Nacional (...)". Es decir, sus bienes no pueden ser objeto de medidas de ejecución, sino que los jueces que conozcan de ejecuciones en su contra, después que resuelvan definitivamente que las mismas pueden llevarse adelante, como ocurre en el presente caso, deben suspender en tal estado los juicios, sin decretar embargos, y notificar, a quien corresponda, para que fije los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Ahora bien, tal cumplimiento queda sujeto también a que exista el respectivo crédito presupuestario, según lo previenen los artículos 227 de la Constitución y 42 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, que en casos como el presente, es la partida a que se contrae el artículo 41 de la Ley últimamente citada, y que debe preverse para cada ejercicio, para el pago de compromisos originados en sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. Principio aplicable también a los Institutos Autónomos según lo determina el artículo 1° de



dicha ley. Ahora bien, es al Presidente del IMAU a quien corresponde ordenar los pagos y someter a la consideración de su Junta Directiva el proyecto de presupuesto anual del Instituto, conforme al ordinal 6° del artículo 8 de la Ley de Nacionalización, antes mencionada. Por tanto, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, dicho Presidente es quien debe fijar los términos en que ha de cumplirse con lo sentenciado, después de que haya sido notificado, pero que en ningún texto legal establece expresa y concretamente.

Por tal razón, en otras situaciones parecidas, por analogía, que es fuente de derecho en materia contencioso administrativa, como lo ha reconocido la Sala Política Administrativa en sentencia de fecha 02-11-82, de acuerdo al artículo 4° del Código Civil, esta misma Sala, ha fijado los términos de ejecución de sus sentencias, aplicando lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal para los casos de ejecución de sentencias condenatorias contra los Municipios, que en la actualidad se contempla en el artículo 104 de esta ley (Vid. Sentencias de fechas 12-05-83 "Caso Ana Elia Marin de Ruiz"; y 03-10-90 "Caso Alid Madrid Guzmán"). En consecuencia, por cuanto dicho artículo resulta aplicable al caso de autos, por tratarse de un supuesto semejante al de ejecución de un fallo judicial por un ente Administrativo, esta Sala fija un término de diez (10) días de despacho, contados a partir de la notificación del presente auto, para que el Presidente del Instituto de Aseo Urbano para el Area Metropolitana de Caracas (IMAU), proponga a la sala la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de fecha 29-11-88, que conforme al mismo texto legal serán notificadas al interesado para que manifieste su aprobación o rechazo. En este último caso la Sala fijará otro plazo para que el IMAU presente nueva proposición al respecto. Si ésta tampoco fuera aprobada por la demandante o en ningún momento dicho Instituto presentare alguna, en uso de sus plenos poderes, este Supremo Tribunal hará cumplir con lo ordenado en el presente fallo con arreglo a lo dispuesto en el ordinal 1° del citado artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal".

c) Impugnar la inconstitucionalidad de las normas sobre privilegios contenidas en la L.O.H.P.N. y L.O.P.G.R. ante la Corte Suprema de Justicia. Dicha demanda fue interpuesta por vía de acción popular ante la C.S.J. en Pleno en fecha 13-1-93. Al intervenir en ese proceso nosotros planteamos que la Corte impusiera una "interpretación constitucional" de las normas impugnadas, entendiendo que dichos privilegios procesales se referían únicamente a la etapa de cumplimiento voluntario del fallo; y que la segunda etapa de ejecución forzosa, podría ser llevada a cabo conforme a las normas de la L.O.R.M. Subsidiariamente solicitamos la nulidad de dichas normas en cuyo caso la C.S.J. debía establecer como criterio general la aplicación de las normas de la L.O.R.M.

Entre las soluciones alternas que han sido propuestas en el Derecho Comparado por los autores son las siguientes:

a) García de Enterría: Que las sentencias condenatorias de cantidades de dinero se ejecuten sobre el Banco Central, consignándose estos pagos contablemente como anticipos de tesorería. (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, op.cit, página 134).

b) González Pérez: La consagración en Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de una partida lo suficientemente dotada, destinada exclusivamente a hacer efectivas las condenas, sobre las que pudieran despacharse mandamientos de ejecución. Esta solución coincide con la existente en Venezuela desde 1977. En efecto, la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario establece en su artículo 41 que los compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se pagarán con cargo a una partida del presupuesto que se preverá en cada ejercicio. Sin embargo, en Venezuela la experiencia de esta alternativa ha sido negativa, pues esas partidas presupuestarias han sido insuficientes e incluso inexistentes. (GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, op.cit. páginas 567 y siguientes).

En Francia el sistema de ejecución de sentencias está regulado en la Ley 16 de julio de 1988 y el Decreto 1981 modificado en 1988 establece:

-Un plazo de 4 meses a partir de la notificación del fallo, para que se ordene el pago.

-Si es el Estado Nacionales el que incumple el pago mandato, el interesado puede exigir directamente el pago al "contable público" o a el tesoro.

-Si es un ente local, la sentencia permite la inscripción de oficio por el Prefecto, en el presupuesto de gastos de la Administración.

Pero los informes del Consejo de Estado son muy criticos incluso de la efectividad práctica de estas soluciones, pues aun estas se incumplen. Entre las recomendaciones del Consejo de Estado están: la información a la ciudadanía, la metodológica de las sentencias, la aplicación de multas y la



cooperación del “Mediador”. (Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Hacia una nueva Justicia Administrativa, op.cit.).

d) En Alemania la Administración tiene un plazo de 1 mes para cumplir voluntariamente. De lo contrario se procede a la ejecución forzosa de los fallos condenatorios. El principio de la embargabilidad de los bienes de la Hacienda Pública tienen las siguientes excepciones:

- a) Los bienes indispensables para la satisfacción de la función pública; y
- b) Cuando contradiga un interés público.

E. Condenas a la entrega de cosas

Estas condenas exigen el apoderamiento de la cosa, y su entrega al ejecutante. Por lo cual, salvo los supuestos de imposibilidad legal, ha de rechazarse cualquier obstáculo a la ejecución procesal.

Sin embargo, como vimos, los privilegios consagrados en la L.O.H.P.N. y la L.O.P.G.R. impiden las medidas ejecutivas sobre bienes de la República. Indudablemente que el problema sería de fácil solución si entendemos que, en virtud de la sentencia, el bien ha sido declarado en muchos casos como no perteneciente al patrimonio público. Pero indudablemente ese no es el supuesto en la mayoría de los casos.

El sistema de ejecución forzosa previsto en la L.O.R.M. (artículo 104), es el siguiente:

a. El tribunal pondrá en posesión de los bienes a quien corresponda.

b. Pero si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a actividades de utilidad pública prestados directamente por el Municipio, el tribunal acordará fijación de precio mediante peritos conforme a la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública, y determinado el precio ordenará su entrega conforme al procedimiento de la L.O.R.M. para el pago de cantidades de dinero. En este caso, la fecha de la sentencia se equipará al Decreto de Expropiación.

Dicho sistema de ejecución se asemeja al previsto en el C.P.C. (artículo 528), el cual consiste:

a'. La entrega de la cosa mueble o inmueble se llevará a efecto, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario.

b'. Si no pudiere ser habida la cosa (mueble), podrá estimarse su valor, produciéndose entonces como si se tratara del pago de cantidad de dinero.

En el caso "Antonio Pérez Vivas" se pone en evidencia que cuando el juez contencioso administrativo quiere ejecutar efectivamente su fallo condenatorio a la entrega de una cosa al particular propietario, haciendo así honor a la justicia material, no sólo puede hacerlo, sino que quiere hacerlo prescindiendo de formalismos o ritualismos formalistas. En ese caso, la S.P.A. por sentencia de fecha 10-1-1979 había declarado parcialmente con lugar las confiscaciones realizadas en los años sesenta por la Comisión contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. El 15-4-91 el Ejecutivo Nacional había ordenado la restitución al Dr. Pérez Vivas de el inmueble denominado Quinta "Tama". Sin embargo, para 1993 dicho inmueble permanecía ocupado por el Colegio de Economistas de Venezuela -con quien la República había suscrito un contrato de comodato. En fecha 20-7-93 el Dr. Pérez Vivas solicitó a la S.P.A. un recurso de abstención y amparo constitucional contra el Procurador General de la República por su presunta conducta omisiva a solicitar la ejecución de la referida sentencia de 1979. La S.P.A. en sentencia de fecha 18-11-93 declaró inadmisibles las acciones de abstención y amparo, en virtud de que la ejecución de la sentencia le correspondía al propio Dr. Pérez Vivas, y no al Procurador. Pero lo interesante de esta sentencia que desde el punto de vista formal ha podido terminar declarando dichas inadmisibilidades, es que "de oficio" la Corte estimó que el escrito de las acciones ejercidas "puede tenerse como petición de ejecución de la mencionada sentencia, y así lo declaró en el dispositivo del fallo, ordenando que ese expediente se tuviera como pieza separada del llevado por esa Sala, contentivo de "la sentencia cuya ejecución ha sido solicitada". No contenta con lo anterior la Sala, actuando con una evidente -y justificada- motivación de hacer justicia, ordenó al final del fallo, librar el decreto de ejecución de la sentencia de 1979, dándole al Ejecutivo Nacional 10 días



para que le entregara al Dr. Pérez Vivas el inmueble totalmente desocupado. Dicho decreto de ejecución fue librado el 16-12-93. Y posteriormente, frente al incumplimiento del Ejecutivo Nacional y previa solicitud de parte, la S.P.A. dispuso por auto de fecha 24-3-94, ordenar a un juzgado de Parroquia, a quien comisionó suficientemente, que procediera a “efectuar todas las diligencias necesarias a fin de que se haga efectiva entrega material del inmueble (identificado) al ciudadano Antonio Pérez Vivas”. Días más tarde, en una acción apoyada por órdenes de cierre de la Alcaldía del Municipio Baruta en virtud de la violación por el Colegio de Economistas de las ordenanzas sobre uso urbanístico, el referido Juzgado de Parroquia hacia la entrega material del inmueble, al Dr. Pérez Vivas ejecutándose así de manera forzosa la sentencia definitiva que había sido dictada ¡15 años antes!

Finalmente, a nivel nacional, podría considerarse no aplicable los principios de la L.O.H.P.N., pues la condena a entrega, presupone un título justo del particular, que excluye que sean considerados bienes nacionales. Sin embargo, las limitaciones legales de servicio público podrían justificar en ciertos y determinados casos su expropiación. Por lo cual, dicha interpretación de servicio público debe ser realizada de manera cuidadosa y restrictiva.

F. Condena de hacer

Estas sentencias contienen órdenes o mandamientos positivos a la Administración.

a. Si se trata de algo que sólo puede hacer la Administración, y no cabe la ejecución judicial subsidiaria, las soluciones posibles serían: la responsabilidad por incumplimiento; los apercibimientos a través de multas, etc.

Este fue el criterio sostenido por nuestro Máximo Tribunal en S.P.A. en sentencia de fecha 7-6-82:

"Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara con lugar el recurso intentado por el ciudadano Dr. Héctor Zamora Izquierdo, según libelo de 30 de junio de 1980, y, en consecuencia, la nulidad parcial de la Resolución N° 9 del Consejo de la Judicatura en cuanto

desconoce el derecho preferente a ser reelecto que correspondería al recurrente Dr. Héctor Zamora Izquierdo el cargo que ejercía para el 7 de junio de 1980, o designarlo para otro de la misma o superior jerarquía en la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda o de otra Circunscripción Judicial, en este último caso previo consentimiento del interesado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en consonancia con los términos del recurso, se declara que la presente decisión no tendrá efecto retroactivo alguno en relación con las actuaciones cumplidas por los jueces que el Consejo de la Judicatura designó mediante la Resolución parcialmente anulada, ni tampoco afectará las que cualquiera de ellos realice mientras se encuentre en ejercicio de su respectivo cargo". (Subrayado nuestro). (Revista de Derecho Público, N° 11, página 186).

Si fuere imposible la ejecución del fallo el artículo 529 del C.P.C. permite sustituir la pretensión por la indemnización de daños y perjuicios; se determinará el crédito en una cantidad de dinero y se procederá a su ejecución.

b. Si se trata de algo que es posible la sustitución de la Administración, el juez tiene plenitud de potestades para hacer ejecutar lo juzgado. Dicho poder se fundamenta en la propia norma constitucional (art. 206), el cual faculta al juez contencioso administrativo para restablecer la situación jurídico-subjetiva lesionada, y ello incluye, en caso de ser necesario, el restablecimiento judicial directamente. Ej. el amparo tributario, y en casos del recurso de abstención, donde es posible excusar al particular de la obtención de un trámite, permiso o autorización para realizar una actividad.

En esos casos, el mandamiento de ejecución de la sentencia equivale al título ejecutivo (sustantivo) autorizatorio.

Un ejemplo de ejecución de órdenes de hacer dada a la Administración, cuyo desacato puede dar lugar a la ejecución judicial forzosa por vía sustitutiva, lo configura el caso "Administradora Granja Rancho La California, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Sucre". Mediante la sentencia de fecha 2-9-94 dictada por la C.P.C.A., se ordenó a la Directora de Ingeniería y Planeamiento Urbano Local de la referida Alcaldía, que informará a la accionante cual era la Reglamentación Especial para la parcela de su propiedad. Frente al incumplimiento del fallo por la funcionaria administrativa, la C.P.C.A. dispuso la ejecución forzosa por el



Tribunal de la causa. En fecha 8-9-95, el tribunal Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital procedió a dictar el auto acogiendo la ejecución forzosa por vía sustitutiva, acordó que la Reglamentación Especial correspondiente a la referida parcela “son las variables urbanas fundamentales contenidas en la Zonificación R-9A-C-3 de la Ordenanza de Zonificación vigente del Distrito Sucre, las cuales están comprendidas en el capítulo II, Sección XIV, Artículos 143 al 151...”. De esta forma, el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la Administración fue resuelto mediante una ejecución forzosa del fallo desacatado, sustituyéndose el juez en la propia autoridad administrativa.

G. Condena a deshacer

Si como consecuencia del acto administrativo anulado por la sentencia, se hubiere ejecutado materialmente algo que contraviene el ordenamiento jurídico, el restablecimiento de la situación jurídica anterior obliga a “deshacer” lo hecho indebidamente.

Si no lo hiciere voluntariamente la Administración condenada, ello se ordenará judicialmente a su costa.

Pero si es imposible legalmente ejecutar la orden de deshacer, la ejecución se podría transformar en una ejecución expropiativa indemnizatoria (art. 529, C.P.C.).

H. Condena de no hacer

Finalmente, las sentencias contencioso-administrativas también pueden contener una orden de “no hacer” dirigida a la Administración, como consecuencia de la anulación de un acto sancionatorio, o eventualmente frente a vías de hecho. En estos casos, la ejecución de la sentencia puede contener un mandato prohibitivo a la Administración, cuyo desacato puede ser controlado mediante la ejecución forzosa del fallo, disponiéndose la anulación del acto reproducido o de vías de hecho. Un caso adicional puede presentarse en los supuestos interlocutorios o cautelares de suspensión de efectos de actos administrativos impugnados. En caso de que la autoridad que emitió el acto pretenda desconocer dicho fallo, el tribunal competente puede ordenar la ejecución forzosa del referido fallo,

mediante una suspensión del acto reproducido. Ello ocurrió en el conocido caso "Mochima" ("Enrique Luis Fuentes y otros"), en el cual el decreto N° 270 de fecha 9-6-89 del Parque Nacional que ordenaba la demolición de construcciones había sido suspendido por decisión de la S.P.A., de fecha 16-11-89 y no obstante ello, el Ejecutivo Nacional dictó un nuevo Decreto (N° 1.030 de fecha 19-7-90), ordenándose igualmente la demolición de bienhechurías. Frente a esa situación, la S.P.A. en sentencia de fecha 22-11-90, con fundamento en el poder de ejecución de sentencias consagrado en el artículo 4 de la L.O.P.J., acordó suspender la nueva orden de demolición, "para garantizar la efectividad de la medida de suspensión que contra la misma orden acordó en sentencia de fecha 16 de noviembre de 1989, y así se declara".

VI

GARANTIAS JUDICIALES DE LA EJECUCION

En primer lugar, *frente a la administración y sus funcionarios* pueden identificarse las siguientes garantías judiciales para la ejecución de las sentencias:

1. Multas coercitivas

La L.O.C.S.J. (artículo 174), consagra la facultad de la Corte, para sancionar con multa que no exceda de Bs.5.000 a los funcionarios, que estando obligados a hacerlo, no acataren sus decisiones.

Así mismo, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística sanciona con multa de hasta 10 veces su remuneración mensual, a los concejales y demás funcionarios municipales, que se nieguen a ejecutar decisiones judiciales definitivamente firmes.

2. Responsabilidad penal

El desacato de una sentencia por la autoridad administrativa puede configurar el delito de "desobediencia presumible" o de "desacato de autoridad" consagrado en el artículo 485, del Código Penal, el cual establece que en caso de desobediencia de una orden legalmente expedida por una autoridad competente (tribunales contencioso administrativos), o que no



se haya observado alguna medida legalmente dictada por dicha autoridad en interés de la justicia, se sancionará con arresto de 5 a 30 días; ó multa de Bs.20 a Bs.150.

Asi mismo, la Ley Orgánica de Amparo sanciona con 6 a 15 meses de prisión, a quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez respectivo.

Ahora bien, si además, por el desacato a una sentencia, se causa un daño al patrimonio público Ej. daños y perjuicios por el pago de intereses moratorios ó actualización monetaria por el retardo, la autoridad administrativa pudiera incurrir en los "Delitos de malversación" ya sea genérica ó específica (arts. 60 y 61 Ley Orgánica del Patrimonio Público).

3. Responsabilidad civil patrimonial

A. Subjetiva (del funcionario)

La Constitución (artículo 121), consagra la responsabilidad individual por ejercicio del poder público. Y el Código Civil, (artículo 1185) establece que quien cause un daño con intención, negligencia, imprudencia o impericia está obligado a repararlo.

En relación a la responsabilidad civil y penal del funcionario que no ejecuta una decisión judicial, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse, en sentencia de fecha 14-8-80, dictada por la C.P.C.A. en los siguientes términos:

"Es característico del sistema contencioso administrativo que la ejecución de las sentencias no está confiada a los propios tribunales que sin embargo, son en última instancia los que deciden sobre la ilegalidad de la actuación administrativa, sino que dicha ejecución está a cargo de la propia Administración Pública. Tal circunstancia, sin embargo, no exime a los órganos jurisdiccionales correspondientes para proveer, a instancia de las partes interesadas, sobre las medidas que sean indispensable para activar la ejecución de las sentencias por la Administración.

Tampoco exime tal circunstancia a la Administración de ejecutar las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual aparte de resultar una burla a las garantías constitucionales, acarrea por una parte *responsabilidad directa y personal del funcionario administrativo obligado a cumplir la sentencia,*

responsabilidad que conforma la figura de *desobediencia presumible delito previsto y penado en el Código Penal (artículo 485)*, también puede por otra parte, acarrear la *responsabilidad patrimonial exigible en un segundo proceso en caso de incumplimiento de lo sentenciado*. Quiere dejar constancia la Corte de que siendo parte y estando a derecho el Concejo Municipal y en aras de decidir esta incidencia con la mayor objetividad, este órgano jurisdiccional ha hecho conocer al Concejo precitado la reclamación interpuesta quien, a pesar de ello, no se ha hecho presente.

Así por las razones ya citadas, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ordena a las autoridades administrativas del Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda a ejecutar lo decidido por esta Corte en sentencia de fecha 20 de diciembre de 1979". (Subrayado nuestro). (*Revista de Derecho Público*, N° 4, página 156).

B. Objetiva (de la República ó ente público)

La Constitución consagra el principio general de indemnización por daños y perjuicios causados por las autoridades (artículo 47).

Por lo cual, los daños y perjuicios ocasionados en virtud del desacato administrativo a una decisión judicial, pueden igualmente originar la responsabilidad patrimonial de la persona jurídico pública obligada.

4. Uso de la fuerza pública

A. Conforme al principio general contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 6), para la ejecución de las sentencias -y todos los actos que decreten o acuerden los tribunales-, pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa y en general valerse de todos los medios legales coercitivos de que dependan.

B. Dicho principio es ratificado por el C.P.C. (artículo 21), al establecer que:

"Los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los jueces toda la colaboración que éstos requieran". (Subrayado nuestro).



Finalmente, como ejemplo “vivo” de la potestad del juez contencioso administrativo para hacer respetar sus fallos frente a los desacatos y maniobras que puedan presentarse en la práctica, está el caso “Arquimedes Fajardo” contenido en el auto dictado por la S.P.A. -C.S.J. en fecha 15-7-92. En dicho caso, frente al desacato de su sentencia, la S.P.A. impuso siete sanciones entre multas, órdenes y sanciones disciplinarias, entre otras. Es el caso, que mediante sentencia de fecha 15-7-92, la S.P.A. declaró la “pérdida de la investidura” de A.F. como Alcalde y ordenó su desincorporación del cargo. En fecha 13-8-92 la Sala decretó la ejecución de su fallo, ordenándole al respectivo Concejo Municipal la designación del Alcalde sustituto, comisionando para ello, al juez de Primera Instancia en la localidad. No obstante lo anterior, el Alcalde cuya pérdida de investidura había sido declarada, obtuvo un amparo constitucional de un juez de Distrito de la localidad. Frente a ello, el 27-10-92 se solicitó a la S.P.A. la ejecución forzosa de su sentencia, y el 3-11-92 dicha sala dispuso lo siguiente: 1° Solicitó al Consejo de la Judicatura la apertura de una averiguación al juez de Primera Instancia comisionado, por no haber ejecutado la sentencia de la S.P.A.; 2° Impuso la sanción de multa a dicho juez de Primera Instancia (art. 174; L.O.C.S.J.); 3° Solicitó al Consejo de la Judicatura la apertura de una averiguación al juez de Distrito que había acordado el amparo a favor del Alcalde; 4° Solicitó al Colegio de Abogados la apertura de un procedimiento disciplinario al abogado del ex-Alcalde por la transgresión de normas sobre ética profesional y deberes de lealtad y probidad; 5° Impuso la sanción de multa al abogado antes mencionado (art. 172; 1° L.O.C.S.J.); 6° Solicitó al Fiscal General de la República proceder a exigir la responsabilidad del ex-Alcalde por el incumplimiento de la sentencia de la C.S.J. (art. 170, 2° y 3°); y 7° Impuso la sanción de multa al ex-Alcalde por el desacato a la sentencia de la C.S.J. (art. 172, 1°). Una sanción adicional ha debido incluir la S.P.A., y es a quien en definitiva estaba obligado a ejecutar el fallo referido: al Concejo Municipal, quien ha debido proceder a designar al nuevo Alcalde. Pero la relatada reacción de la S.P.A. en su auto de fecha 3-11-92, pone en evidencia los poderes con lo que cuenta la C.S.J. para garantizar la ejecución forzosa de sus fallos, cuando quiere hacerse respetar frente a los desacatos, vengan de donde vengan.

En segundo lugar debemos destacar las garantías judiciales de ejecución de sentencias, *frente al juez contencioso administrativo*

En esta materia el principio general consiste en la obligación de los jueces de cumplir y hacer cumplir sus sentencias (art. 21, C.P.C.). En caso de que el juez contencioso administrativo no haga cumplir su sentencia, puede ocasionar daños y perjuicios, con la consecuente posibilidad de exigir su responsabilidad civil patrimonial conforme a:

- 1) El régimen general de responsabilidad civil extracontractual (art. 1185 Código Civil); ó
- 2) El recurso queja (arts. 829, y ss., C.P.C.). Constituyen causales de este recurso: a) la denegación de justicia, si se omiten providencias sobre alguna solicitud de hecho; y b) por cualquier otra omisión indebida.

Las sanciones en este caso pueden consistir en (art. 846, C.P.C.): a) la condena al pago de los daños y perjuicios probados; y en caso de: b) falta grave, con multa Bs.5.000 a 10.000; c) En caso de falta gravísima; con la destitución del cargo.

VII CONCLUSIONES

Las anteriores consideraciones en torno al problema de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, no podemos terminarlas sin hacer algunas breves referencias a título de conclusión. La conceptualización del contencioso administrativo como un verdadero proceso (judicial), conlleva a su regulación por parámetros propios del Derecho Procesal como son la existencia de partes en el proceso, la igualdad entre las partes en el proceso, la sentencia como satisfacción de la pretensión deducida (en caso de ser estimatoria) y la resolución efectiva del conflicto planteado, entre otros. Si las sentencias contra el estado en general y la Administración en particular no fuesen ejecutables por el juez; no podría existir un verdadero Estado de Derecho, pues el funcionamiento no estaría en definitiva sometido a la Constitución y la ley. Por ello la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas no es un mero problema técnico-procesal, sino que pasa por poner a prueba el sistema constitucional de derechos y garantías, así como las atribuciones del propio Poder Judicial. La existencia de un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva y de un verdadero Poder Judicial dependen, de la



satisfacción real de la pretensión procesal que ha sido estimada en una sentencia. Y ello en muchos casos dependerá de la posibilidad, de ejecución judicial forzosa de la sentencia, en caso de inejecución administrativa voluntaria en la fase correspondiente.

Lo anterior podemos resumirlo arbitrariamente en las siguientes notas:

a. Los poderes jurisdiccionales del juez consisten en el binomio inseparable de juzgar y ejecutar lo decidido. La jurisdicción no se agota por tanto en el mero conocimiento y decisión de la controversia, sino que llega hasta su efectiva y definitiva resolución, con la ejecución de lo decidido, incluso de manera forzosa.

b. La importancia de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas deriva de que en ella se fundamenta el ejercicio de derechos constitucionales, como son la tutela judicial efectiva frente a la Administración Pública, defensa, igualdad, y la responsabilidad del Estado. Así mismo dicha facultad se fundamenta en potestades del Poder Público, propio del Poder Judicial como es su competencia para decidir y ejecutar lo decidido.

c. Lo anterior plantea la necesidad de normalizar o constitucionalizar las consecuencias del contencioso administrativo. Ello implica una concepción "Pro cives", o "Pro libertatis", para constituir el Derecho Administrativo desde una perspectiva democrática del Poder frente al ciudadano.

d. Como consecuencia de los principios anteriores el Estado constitucional debe abolir los privilegios irrazonables de los entes públicos, especialmente los relativos a la inejecución de sentencias condenatorias; y en particular, la inembargabilidad ejecutiva de bienes y dineros públicos.

Esta apertura lógicamente debe tener como limite la utilidad y el servicio público.

**LA EJECUCION, SEGUN EL DERECHO
VENEZOLANO, DE LOS FALLOS
DICTADOS POR LOS JUECES
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS**



**LA EJECUCION, SEGUN EL DERECHO VENEZOLANO,
DE LOS FALLOS DICTADOS POR LOS JUECES
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS**

**José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad
Católica Andrés Bello**

**I.
AGRADECIMIENTO**

Antes que nada, deseo agradecerle públicamente a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, en la persona de su Presidente, Belén Ramírez de Landaeta, la invitación a participar en este ciclo de conferencias, organizadas para rendirle un muy merecido homenaje al Profesor Brewer. La invitación recibida para que sirviera de comentarista, junto con mi buen amigo Carlos Ayala Corao, de la ponencia presentada por el Catedrático español Luciano Parejo Alfonso, amén de brindarme la oportunidad de compartir algunas inquietudes con los participantes en estas jornadas de reflexión, me ofrece la ocasión de corresponderle a Randy Brewer, el Profesor y el amigo, el afecto con el cual me ha distinguido. Quienes hemos tenido la fortuna de poder trabajar al lado del Profesor Brewer conocemos sus cualidades de investigador y trabajador incansable, que ha contribuido, como ningún otro, al desarrollo del Derecho Administrativo venezolano. Sus diversas obras constituyen material de estudio y reflexión obligado en nuestras Universidades, y los comentaristas invitados hemos sido influenciados, en mayor o menor medida, por su obra y pensamiento. Mis parabienes Profesor.

**II.
SINTESIS DE LA PONENCIA PRESENTADA POR EL
CATEDRATICO ESPAÑOL LUCIANO PAREJO ALFONSO**

En la ponencia que nos corresponde comentar el Profesor Luciano Parejo afirma -he aquí, a nuestro entender, la idea central de su exposición-, que el control judicial que de acuerdo a la ley le corresponde ejercer a los

órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con miras a “reducir el ejercicio del poder al Derecho”, es un poder pleno, que supone el reconocimiento, sin restricciones, del derecho fundamental a la “tutela judicial efectiva” de los derechos subjetivos e intereses legítimos que los particulares ostentan y hagan valer, en juicio contradictorio, frente a la Administración. Sentada la premisa que antecede, el Profesor Parejo Alfonso ha observado que en el Derecho español la ejecución de la sentencia le corresponde, en principio, al órgano administrativo que dictó el acto impugnado, pero que “... tal competencia no debe entenderse reconocida en términos de atribución de una verdadera potestad y si únicamente como la concreción del deber constitucional de cumplir lo decidido... ”; que “el cumplimiento de este deber por la Administración... ha de producirse, con carácter general, dentro del plazo de seis meses”; y, que el incumplimiento de dicho deber habilita al órgano judicial competente para adoptar, previa audiencia de los interesados, “... cuantas medidas considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado... ”. En otras palabras, para el Profesor Parejo “la titularidad y el ejercicio de la potestad de ejecución de sus propias Sentencias y resoluciones corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales...”, sin perjuicio de la “... intervención de la Administración pública... ” siempre, naturalmente en mera calidad de obligado al cumplimiento y de colaborador en éste a requerimiento del órgano judicial”. De acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, los fallos deben ejecutarse “en sus propios términos”, lo que significa que, en principio, debe existir identidad entre lo estatuido y lo ejecutado; que el poder público debe realizar todas las actividades necesarias para que se cumplan los fallos, evitando dilaciones indebidas o injustificadas; y, finalmente, que es ilegítima cualquier actuación del poder público que, aun aparentando formalmente ejecutar la sentencia, obliga al beneficiario de la condena a la realización de ulteriores diligencias procesales para obtener la realización total de su derecho. Adicionalmente, el Profesor Parejo Alfonso destacó que la actividad judicial de ejecución tiene dos límites específicos, a saber: a) En primer término, el régimen constitucional de todos los bienes del dominio público, que inspira una regulación legal basada en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad; y, b) En segundo lugar, el régimen general de los bienes y derechos públicos (no demaniales) y, concretamente, el presupuestario del dinero público, que prohíbe se dicten providencias de embargo y despachos de mandamiento de ejecución contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda



pública. Son éstas, en apretada síntesis, las ideas contenidas en la ponencia objeto de nuestros comentarios.

Teniendo muy presente las limitaciones que nos impone el breve tiempo a nuestra disposición, deseo referirme muy brevemente a sólo algunos de los diversos y complejos problemas que la ejecución de los fallos contencioso-administrativos presenta.

III.
EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL.
ALCANCE DE LOS PODERES CONFERIDOS A LOS
TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN MATERIA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LOS LIMITES LEGALES A
LA EJECUCION DE LOS FALLOS DICTADOS
POR LOS JUECES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

A tenor del Artículo 68 de la Constitución de la República de Venezuela, “todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas en la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes”. El Único Aparte del Artículo 68 dispone que “la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”.

El derecho a la tutela judicial consagrado por el Artículo 68 de la Constitución exige, como bien afirma el Profesor González Pérez, el cabal cumplimiento del mandato contenido en la sentencia (GONZALEZ PEREZ, Jesús; “El derecho a tutela jurisdiccional”; segunda edición; Editorial Civitas S.A.; Madrid; 1.989; página 227). Por tanto, bien puede afirmarse que la ejecución de la sentencia es uno de los atributos esenciales del derecho fundamental a la tutela judicial. En palabras del Tribunal Constitucional español, “... el derecho a la tutela judicial efectiva... no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia..., ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada, si concurren todos los requisitos procesales. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos

comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones” (citado por RUBIO LLORENTE, Francisco; “Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales” -Doctrina Jurisprudencial-; Editorial Ariel S.A.; Barcelona; 1.995; página 292). Cabe citar igualmente la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español el 28 de enero de 1.991, conforme a la cual “una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho a que se respeten y ejecuten las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, pues sin él la tutela judicial se vería reducida a producir decisiones puramente declarativas que no ampararían los intereses de quienes la impetrasen. Ejecución en sus propios términos, pues la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales es también un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva” (consúltese a GUI MORI, Tomás; “Jurisprudencia Constitucional 1981-1991”, Estudio y Reseña Completa de las Sentencias del Tribunal Constitucional; Editorial Civitas S.A.; Madrid; 1.992; página 186). Los conceptos manejados por la jurisprudencia comparada han sido también utilizados, *mutatis mutandis*, por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en fallo del 22 de noviembre de 1.990 (caso Parque Nacional “Mochima”), en el cual nuestro más alto Tribunal dejó sentado que “...en el derecho constitucional de acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten” (Revista de Derecho Público, número 44; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.990; páginas 170 y siguientes).

Como se observa, conforme a la doctrina y la jurisprudencia el derecho a la “tutela judicial” no se agota por el simple hecho de que se le permita al particular libre acceso a los tribunales de justicia. El derecho a la “tutela judicial” no se circunscribe a garantizar una decisión de fondo fundada si concurren los extremos previstos por la norma de Derecho. El derecho consagrado en el Artículo 68 de nuestra Constitución exige, además, el cabal y oportuno cumplimiento de lo decidido por el tribunal y el resarcimiento de los daños, si los hubiere. Es precisamente por ello que el Artículo 21 del Código de Procedimiento Civil dispone que “los Jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario”, y que “para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la



colaboración que éstos requieran”. Por lo tanto, cabe afirmar en términos tajantes, con las importantes consecuencias que de ello se derivan, que la efectividad del fallo es uno de los “atributos esenciales” del derecho fundamental a la tutela judicial, pues cuando no existe la posibilidad de constreñir a un sujeto a que cumpla lo ordenado por el juez, no cabe hablar ni de derecho ni de garantía.

El Artículo 68 de la Constitución debe ser adminiculado con el Artículo 206 *eiusdem*, el cual, luego de establecer que “la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley”, dispone que “los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. Adicionalmente, cabe citar la previsión contenida en el Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual “en su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá, de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

No obstante lo expuesto, en el ámbito de la justicia administrativa el derecho a la ejecución de los fallos se encuentra limitado *-rectius*, fuertemente condicionado-, por una parte, por la circunstancia de que al juez contencioso-administrativo, por razones históricas, le está vedado substituir o reemplazar a la Administración; y por la otra, por los privilegios y prerrogativas procesales, exorbitantes del Derecho común, que la ley le acuerda a la Administración Pública, habida cuenta de su condición de tutora del interés general y, por ende, de la necesidad de garantizar la buena marcha del aparato administrativo. Por razones históricas, el ordenamiento jurídico le confiere al ciudadano frente a la Administración Pública una tutela menos intensa *-menos acabada-* que la que le reconoce en sus relaciones con otros sujetos de Derecho. A la base de esa concepción

de una tutela jurídica “pobre” se encuentran cuatro postulados, que resumidamente cabría formular de la siguiente manera:

1.- En primer lugar, razones históricas justificaron que en el siglo XVIII se le prohibiera a los jueces ordinarios franceses “perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos”. La ejecución de las decisiones contencioso-administrativas le fue encomendada a la Administración, pues los revolucionarios franceses entendían que la ejecución de tales decisiones sólo podía ser llevada a efecto mediante actuaciones “materialmente administrativas”, incompatibles con el principio de separación de poderes (BELTRAN DE FELIPE, Miguel; “El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración”; Editorial Civitas S.A.; 1.995; página 23);

2.- En segundo término, la idea de que el particular hace valer “intereses legítimos” -vale decir, una posición jurídico-subjetiva de menor categoría o jerarquía que los “derechos subjetivos”- (en propósito, consúltese el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 3 de Octubre de 1.985 -caso Iván Pulido Mora-, que tuvimos oportunidad de comentar en un breve ensayo intitulado “La Legitimación Activa en el Contencioso-Administrativo” -Paráfrasis del Artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia-; publicado en la Revista de Derecho Público, número 45; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.991; páginas 37 y siguientes);

3.- En tercer lugar, que esa tutela jurídica “pobre” es producto de la situación de supremacía con que la ley ha investido a la Administración frente a los ciudadanos, habida consideración que aquella se ocupa de los intereses de la colectividad. Por su condición de tutora del interés general o colectivo, en caso de que se produzca un conflicto entre el interés general y el interés individual de un particular, el interés singular del actor-ganancioso debe subordinarse -*rectius*, debe ser “sacrificado” en mayor o menor medida- ante la mayor jerarquía o entidad del interés del grupo; y

4.- Finalmente, que para garantizar la tutela cabal del interés general que, según quedó anotado *supra*, tiene una entidad o jerarquía mayor que el interés individual del particular, la ley debe asegurar la buena marcha (“il buon andamento”) de la Administración. Por tanto, para garantizar la



prestación regular y continua de los servicios públicos, la ley le habría confiado la ejecución de los fallos a la Administración, en la creencia que ésta, en su doble condición de tutora del interés general y prestataria de servicios públicos, es la única que puede determinar en qué medida puede cumplir el mandamiento del fallo sin que se ponga en peligro la regular y permanente prestación de los servicios encomendados a la Administración Pública.

Los postulados reseñados con antelación debe ser revisados, porque, como bien enseña el Profesor García de Enterría en España, sólo puede hablarse de jurisdicción verdadera si el vencedor en un proceso puede imponerle al vencido la ejecución forzosa de la sentencia. Si la ejecución de los fallos queda librada a buena voluntad de los funcionarios administrativos - continúa García de Enterría-, la obligación impuesta a la Administración a través de la sentencia pudiera llegar a transformarse en un mero deber moral, en una "obligación natural" *"stricto sensu"* y, por tanto, completamente incoercible (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; Prólogo a la Obra de Miguel Beltrán de Felipe intitulada "El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración"; Editorial Civitas S.A.; 1.995; página 17). Más aún, entendemos que de admitirse que la ejecución de los fallos contencioso-administrativos -y, por tanto, que el respeto y acatamiento de la norma de Derecho "particular" creada por el juez para decidir, con fuerza de cosa juzgada, la controversia que fue sometida a su consideración- puede quedar librada a la voluntad unilateral de la Administración, tendría que admitirse que el "principio de legalidad", que informa y condiciona el Estado de Derecho, cuenta con una odiosa excepción. Dicho en otras palabras, tendría que admitirse que la actividad administrativa de ejecución se encuentra exenta de todo control externo (*rectius, judicial*), contrariando así el "principio de la universalidad del control contencioso-administrativo" reconocido por nuestro ordenamiento jurídico positivo.

En este orden de ideas, debe destacarse, en primer término, que en el Derecho venezolano el "principio de separación de poderes" -*rectius*, de funciones estatales- es, hoy por hoy, un concepto superado, que ha sido reemplazado por el "principio constitucional de división del poder" consagrado por los Artículos 117 y 118 de la Constitución de la República, que establecen, respectivamente, que "la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio", y

que “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”. Los distintos órganos que ejercen el Poder Público, al obrar con base en las diversas funciones estatales -cuyo ejercicio no les ha sido atribuido de manera ni exclusiva ni excluyente-, se hallan en el deber de colaborar entre sí para el logro de sus fines. Las normas constitucionales citadas ponen en evidencia que, desde el punto de vista organizativo, no existe óbice alguno que le impida al juez con competencia en lo contencioso-administrativo ejecutar forzosamente sus decisiones, para así obtener “el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” al cual alude el Artículo 206 *in fine* de la Constitución.

Adicionalmente, cabe observar que la doctrina más calificada ha revisado el principio de supremacía o preponderancia del interés general sobre el interés individual, y que producto de esa revisión se ha sostenido que cuando al “interés general” se contraponen un “derecho fundamental” (como sería, *exempli gratia*, el derecho a la tutela judicial), aquél no puede privar ni prevalecer sobre éste. En propósito, cabría citar una vez más al profesor Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, quien afirma que “... antes de examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del (interés) que el ciudadano intenta hacer valer habrá que examinar su posición jurídica como titular de derechos fundamentales, porque si resulta que es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deben ceder a la primacía de aquellos. Ha concluido, pues, la invocación ritual de los intereses generales como sinónimo de superiores...” (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; “Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en el Derecho español”; Revista Española de Derecho Administrativo, número 59; Civitas S.A.; Madrid; 1.988; página 332).

Adicionalmente, según quedó expuesta *supra*, el derecho a la ejecución de los fallos judiciales es uno de los atributos esenciales del derecho a la tutela judicial garantizado por el Artículo 68 de la Constitución. Dicho en otras palabras, el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del “contenido esencial” -del “núcleo duro”- del derecho fundamental a la tutela judicial y, consecuentemente, ese derecho a la ejecución no puede ser alterado, desvirtuado o desnaturalizado por la regulación que de él



haga el Legislador, pues, reiteramos, dada su condición de derecho fundamental, constituye barrera infranqueable incluso para la Ley.

Finalmente, debe reconocerse que el interés en el respeto de la "ley" - entendida en sentido *lato*, para que incluso comprenda las normas particulares contenidas en las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada-, es, a un mismo tiempo, interés del individuo y del grupo, pues de lo contrario se pone en peligro la vigencia misma del Estado de Derecho.

A continuación, veamos cuáles son los términos en que la jurisprudencia venezolana se ha planteado el problema inherente a la ejecución de las sentencias dictadas por los jueces contencioso-administrativos.

En primer lugar, debe destacarse que, a juicio de nuestros tribunales, la ejecución de los fallos contencioso-administrativos no plantea inconvenientes dignos de mención cuando se le exige el cumplimiento forzoso de la resolución judicial a un particular, "... pues éstos no gozan de privilegios ni de prerrogativas procesales" (Sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 7 de Octubre de 1.993, caso Carlos Roberto Russo Gasparini, publicada en "Jurisprudencia de los Tribunal de Ultima Instancia", Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; número 10; Caracas, 1.993; página 198) y, por tanto, a la ejecución de los fallos dictados *-exempli gratia-* en materia inquilinaria resultan perfectamente aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil.

El problema de la ejecución surge en toda su dimensión cuando el fallo contencioso-administrativo obra contra la Administración Pública, y las principales limitaciones al derecho a la ejecución de los fallos dictados en contra de la Administración se encuentran consagrados en los Artículos 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que disponen textualmente lo siguiente:

"Artículo 16 - Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación, no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En consecuencia, los jueces que conozcan de ejecuciones contra el Fisco, luego que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y

LA EJECUCIÓN, SEGÚN EL DERECHO VENEZOLANO, DE LOS
FALLOS DICTADOS POR LOS JUECES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado”.

“Artículo 46. - Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la República, no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, ni en general a ninguna medida de ejecución preventiva o definitiva. Los jueces que conozcan de ejecuciones de sentencias contra la República, suspenderán en tal estado los juicios, y notificarán al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, para que fijen por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo sentenciado.

Cuando se decrete alguno de los actos arriba indicados sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público, o a una actividad de utilidad pública nacional, antes de su ejecución el Juez notificará al Ejecutivo Nacional por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad a que está afectado el bien. Vencidos sesenta (60) días a contar de la fecha de la notificación, sin que el Ejecutivo Nacional se haya pronunciado sobre el acto, el Juez podrá proceder a la ejecución”.

“Artículo 104. - Cuando el Municipio o el Distrito resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al Alcalde, quien dentro del término señalado por el tribunal, deberá proponer al Concejo o Cabildo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del Alcalde, y en este último caso, el Tribunal fijará otra plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el Municipio no hubiere presentado alguna, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

1° Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al Alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.

El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o Distrito.

Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil; y,

2° Si se tratare de entrega de bienes, el Tribunal pondrá en posesión de ellos a quien corresponda, pero si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un



servicio público o a actividades de utilidad pública prestados en forma directa por el Municipio, el Tribunal acordará la fijación del precio mediante peritos, en la forma establecida en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social; y determinado el precio, ordenará su entrega a quien corresponda, conforme a lo previsto en el ordinal anterior. En este último caso, la fecha de la sentencia se equiparará a la fecha del Decreto de Expropiación”.

Con base en las normas legales citadas, la jurisprudencia ha interpretado -a nuestro entender erradamente- que en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de los fallos contencioso-administrativos le había sido encomendada a la propia Administración Pública. En propósito, cabe citar el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, bajo ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa, el 27 de Noviembre de 1.986, en el cual esa Corte dejó sentado cuanto sigue:

“... esta Corte no puede dejar de advertir la problemática inherente al cumplimiento de las sentencias que dictan los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya ejecución está confiada a los propios órganos de la Administración Pública, en atención al singular status de que goza ésta y que se proyecta a través del proceso mismo y también en la fase previa a éste, dista mucho de haber completado su evolución y de ofrecer soluciones que preserven el sistema de garantías del administrado que la vía jurisdiccional supone. La situación se agrava ante la ausencia de una legislación específica en materia contencioso-administrativa que instrumente adecuadamente la facultad del Tribunal Contencioso Administrativo para ejecutar sus sentencias utilizando, incluso, como agente ejecutor al propio órgano administrativo, autor del acto recurrido. La dificultad se acrecienta ante los privilegios y prerrogativas que el ordenamiento en vigencia reconoce a la Administración Pública que mediatizan la aplicación de las normas que en el proceso ordinario regulan esta materia (Código de Procedimiento Civil, Artículo 446 y siguientes).

No facilita la Ley al Juez Contencioso-administrativo la aplicación de medidas dirigidas a evitar que en último término la Administración eluda el cumplimiento cabal de las sentencias que él dicta, de allí que, aparte de la previsión que consagra el Artículo 174 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para sancionar con multa a los funcionarios que estando obligados a hacerlo, “no acataren sus órdenes ni le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”; sólo parece viable acudir, por el interesado, a la técnica de la responsabilidad patrimonial, exigible en un proceso ulterior” (“Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; número 29; Caracas; 1.986; páginas 90 y 91).

El criterio jurisprudencial citado contrasta con la postura defendida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia

del 11 de Julio de 1.983, conforme a la cual la ejecución del fallo dictado en sede contencioso-administrativa no queda "... librada al arbitrio del impugnante, ni tampoco de la Administración recurrida, puesto que reserva el legislador el juez de lo contencioso, en dicho procedimiento, la última palabra acerca de lo que considere como más adecuado y racional a los fines de la ejecución del fallo, una vez oídas las partes o en ausencia de sus opiniones y examinadas y ponderadas todas las circunstancias del caso" (caso Horacio Morales Longart, publicado en "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; número 7; Caracas; 1.983; páginas 27 y 28). Esta segunda posición, anterior en fecha, coincide con la postura defendida por el Profesor Parejo durante su intervención, para quien, recordamos "la titularidad y el ejercicio de la potestad de ejecución de sus propias Sentencias y Resoluciones corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales...", sin perjuicio de la "... intervención de la Administración pública... siempre, naturalmente en mera calidad de obligado al cumplimiento y de colaborar en éste a requerimiento del órgano judicial".

En idéntico sentido, cabe citar el Auto fechado el 9 de Mayo de 1.991 (caso Servicios Técnicos Sanitarios Municipales, C.A.), en el cual la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de comentar las limitaciones que las normas legales transcritas *supra* le imponen a los jueces contencioso-administrativos llegado el momento de ejecutar el fallo definitivo. En dicho Auto la Corte asentó textualmente lo siguiente:

"... de acuerdo a lo contemplado en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, la orden de ejecución consiste en la fijación de un lapso que no será menor de tres (3) días ni mayor de diez (10), para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, transcurrido el cual, sin que se hubiere dado tal cumplimiento, se procederá la ejecución forzada, según lo advierte el artículo 526 *eiusdem*. En otras palabras, que dicho lapso se establece bajo la amenaza de proceder al embargo de bienes de la propiedad del deudor para su posterior remate, conforme a lo previsto en los artículos 527, 534 y siguientes, y 550, todos del Código citado.

Ahora bien, en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de sus bienes, que de manera general se enuncia en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y por el llamado principio de la legalidad presupuestaria a que se contrae el artículo 227 de la



Constitución, que ratifica el artículo 17 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Según el primero de tales principios, no es posible decretar embargos ejecutivos, sino que por el contrario, los jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de los principios señalados, se establece que cuando se trate de compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que en realidad es la propia Administración la que ejecuta sus sentencias y no el Poder Judicial, lo que podría dar lugar a que tales sentencias resulten ineficaces en la práctica, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, *la Sala entiende que en el derecho constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten.* (Vid. Sentencia fecha 22-11-90 Caso Decreto N° 1030 de fecha 26-10-90, sobre el Parque Mochima). *Derechos éstos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial, corresponde garantizar, conforme a las facultades que se desprenden de los artículos 204 de la Constitución y 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* Poderes éstos que esta Sala ha proclamado en diversas sentencias en las cuales se han dictados condenas contra la Administración Pública (Vid. sentencias de fechas 07-06-82, “Caso Zamora Izquierdo”, 12-05-83, “Caso Ana Elia Marín de Ruiz”, 16-06-80, “Caso Morales Logart”, y 01-05-84 “Caso Enrique Castillo”).

Por tanto, aun respetando los anteriores principios, *la Sala no puede dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional, garantizando la ejecución de sus fallos, como un modo de garantizar el derecho a la justicia, que se desprende del artículo 68 de la Constitución de la República* (“Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; Tomo 5; Caracas, 1.991; página 150 y 151).

En otro orden de ideas, de acuerdo a la jurisprudencia, “... para que se pueda ordenar la ejecución de una sentencia es necesario que se cumplan dos requisitos: 1. Que la sentencia sea ejecutable y que haya quedado definitivamente firme; y 2. Que la parte interesada haya solicitado el decreto que ordene la ejecución” (Sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 7 de Octubre de 1.993, caso Carlos Roberto Russo Gasparini, publicada en “Jurisprudencia de los Tribunal de Última Instancia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; número 10; Caracas, 1.993; página 198). Empero, habida consideración que la apelación de los fallos cautelares se oye en un solo efecto (devolutivo) y, por tanto, no se suspende la eficacia de la medida dictada para garantizar las resultas del juicio, a nuestro entender, las medidas cautelares como la suspensión de efectos pueden ser ejecutadas aun cuando no hayan quedado

definitivamente firmes a consecuencia de la interposición y pendencia del recurso ordinario de apelación.

IV
**REFLEXIONES EN TORNO A LA EJECUCION DE
LOS FALLOS DICTADOS AL TERMINO DE PROCESOS
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN LOS QUE EL ACTOR
SOLO HACE VALER ANTE EL JUEZ UNA "PRETENSION DE
ANULACION". MODALIDADES DE EJECUCION, SEGUN LA
JURISPRUDENCIA VENEZOLANA, DE LOS FALLOS MEDIANTE
LOS CUALES SE SUSPENDEN LOS EFECTOS DEL ACTO
ADMINISTRATIVO IMPUGNADO**

En los procesos contencioso-administrativos de anulación que tienen por objeto un acto administrativo que incide, desfavorablemente, en la esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos del destinatario de sus efectos, el actor, en el marco de un procedimiento judicial dirigido a la "demolición del acto" impugnado (VIRGA, Pietro; "La Tutela Giurisdizionale nei Confronti della Pubblica Amministrazione"; Giuffrè Editore; Milán; página 160), persigue la invalidación -la eliminación del mundo del Derecho- del acto administrativo de gravamen contra el cual propone el recurso. En estos casos, el recurrente reacciona y se defiende frente a un acto administrativo que limita -*lato sensu*- sus derechos e intereses legítimos. El proceso contencioso-administrativo concluye con un fallo constitutivo (CASSARINO, Sebastiano; "Manuale di Diritto Processuale Civile"; Giuffrè Editore; Milán; 1.990; páginas 460 y siguientes), que produce efectos *erga omnes*.

Por su naturaleza, este tipo de sentencias en principio no requieren de actividades ejecutivas ulteriores, voluntarias o forzosas, pues, para el actor victorioso, la sola eliminación del acto representa el beneficio o ventaja que se perseguía al iniciar el proceso. *Exempli gratia*, basta imaginar el caso de un acto administrativo de efectos particulares a través del cual se hubiere declarado la ilegalidad de una edificación urbana y, consecuentemente, se hubiere ordenado la demolición de las obras construidas en contravención de lo dispuesto por las ordenanzas municipales y, adicionalmente, se hubiere impuesto una sanción pecuniaria. En la hipótesis de que ese acto no hubiese llegado a ser ejecutado -vale decir, que la edificación no hubiere llegado a ser demolida y la multa



no hubiere llegado a ser pagada-, salta a la vista que la anulación, por sí sola, satisface las expectativas de la parte actora, que ve satisfecho su interés procesal cuando el juez contencioso-administrativo, luego de afirmar que el recurso es procedente, destruye el acto. En la hipótesis bajo análisis, y esto es lo normal, el fallo judicial que decreta la anulación produce efectos *ex tunc* -vale decir, hacia el pasado- y, por lo tanto, la declaratoria de ilegalidad de la edificación y la correspondiente sanción han de considerarse como nunca expedidas (SATTA, Filippo; “Giustizia Amministrativa”, Casa Editrice Dott. Antonio Milani; Milán; 1.993; página 452).

En el caso de la especie, el particular-destinatario de un acto administrativo de efectos particulares de gravamen -que, por lo tanto, impone limitaciones a los derechos del particular- obtiene un fallo judicial que ha declarado procedente, en derecho, la pretensión procesal que se circunscribe a la anulación del acto. Con el fallo favorable se agota el interés procesal del recurrente (GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago; “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania”; Editorial Civitas S.A.; Madrid; 1.993; páginas 138 y siguientes).

En otro orden de ideas, cabe observar que con el fallo judicial definitivo que acuerda la solicitud de anulación hecha valer por el actor, surge para la Administración Pública demandada una verdadera obligación de no hacer: comoquiera que se encuentra obligada a respetar el fallo, en lo adelante, la autora del acto administrativo anulado debe abstenerse de reproducir la decisión cuya nulidad fue decretada.

En los fallos cautelares de suspensión provisional de efectos la obligación de no hacer a la cual hicimos alusión en el párrafo que antecede, entendida ahora como una especie de “parálisis temporal de la función” -porque, *lato et improprio sensu*, inhibe provisionalmente el ejercicio de la función en el caso concreto y produce una modalidad particular de incompetencia temporal del órgano administrativo-, ha sido reconocida por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fallo de fecha 10 de Agosto de 1.982 (caso Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación (IPASME-), conforme al cual “en el caso de la decisión que ordena la suspensión de efectos de un acto administrativo, se requiere en primer término que el ente administrativo se abstenga de realizar el acto, a cuyos fines partiendo de esta obligación de “no hacer”

que originalmente se le impone, puede el Tribunal señalarle obligaciones “de hacer” para dar eficacia a la decisión... “(Jurisprudencia Venezolana”; Ramirez & Garay, S.A.; Tomo LXXIX; Caracas; 1.982; página 278).

La “obligación de no hacer” a cargo de la Administración, producto de la publicación de una sentencia cautelar de suspensión de efectos, ha sido igualmente reconocida, de manera virtual o implícita, entre otros, en el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Román José Duque Corredor, el 22 de Noviembre de 1.990 (caso Parque Nacional “Mochima”). A través de la sentencia en referencia, la Sala Político-Administrativa del más alto Tribunal, con fundamento en “... la potestad de ejecución de que está investida (la Corte) como órgano del poder judicial”, en el Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en la potestad de adoptar las medidas oportunas para ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado y asegurarlo (Artículos 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 523, 524, 526, 527 y 549 del Código de Procedimiento Civil), decretó la suspensión de efectos de un acto administrativo, formalmente distinto al acto impugnado, que había sido expedido con posterioridad a la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo de anulación porque, a juicio del juzgador, el acto superviniente reproducía el contenido del acto impugnado, cuyos efectos habían sido previamente suspendidos mediante decisión judicial (Revista de Derecho Público, número 44; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.990; páginas 170 y siguientes). A pesar de las apariencias -vale decir, de la invocación del Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia-, el fallo anotado no tiene carácter cautelar sino ejecutorio, pues su propósito no es otro que garantizar la eficacia de un fallo cautelar previo. Según la Sala Político - Administrativa, la suspensión -con base en la potestad de ejecución atribuida a la Corte- de un acto administrativo sobrevenido que burla un decreto cautelar previo, puede ser ejercida cuando concurren los siguientes requisitos:

1º) Que el acto reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones suspendidas.

2º) Que no hubieren desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión.

3º) Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma entidad que dictó el anterior.



4º) Que quien solicite la suspensión del acto repetido sea parte en el proceso pendiente.

5º) Que en el proceso en donde se dictó la medida de suspensión no se hubiere pronunciado sentencia definitiva”.

En idéntico sentido se pronunció la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, en fallo del 2 de Marzo de 1.993 (caso Alejandro Patiño; publicado en “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Tomo 3; Caracas; 1.993; página 273).

Adicionalmente, siempre en materia de ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales contencioso-administrativos, cabría citar el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, bajo ponencia de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en fecha 12 de Abril de 1.983. En el caso comentado, la Corte declaró “nulo y contrario a derecho” los actos administrativos sobrevenidos mediante los cuales el Municipio demandado, desconociendo el decreto judicial cautelar de suspensión de efectos del acto revocatorio de una concesión administrativa, había resuelto dar inicio a un procedimiento de licitación sobre el mismo objeto sobre el cual versaba el contrato de concesión revocado y había ulteriormente adjudicado la “buena pro” un tercero (Revista de Derecho Público, número 14; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.983; página 178). Nótese como la Corte, para garantizar la eficacia de un fallo cautelar, declaró la nulidad de un acto administrativo sobrevenido o superviniente.

Los fallos judiciales citados evidencian que la norma contenida en la sentencia cautelar que decreta la suspensión de efectos o en el fallo definitivo que declara la nulidad de un acto administrativo es intangible y que, por ende, la Administración Pública debe abstenerse de adoptar cualquier decisión que contrarie la ley del caso concreto. He allí la obligación de no hacer a la cual hacemos referencia.

¿Qué ocurre si la medida cautelar de suspensión de efectos, para brindarle al actor la tutela jurídica solicitada judicialmente exige, además, el cumplimiento de “obligaciones de hacer” por parte de la Administración Pública? Sobre el particular tuvo oportunidad de pronunciarse la la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo mediante fallo de fecha 10 de

Agosto de 1.982 (caso Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación (IPASME-), en el que sostuvo lo siguiente:

“... puede establecerse que el principio consagrado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Civil requiere ser adaptado a través de la labor interpretativa, a las exigencias propias del proceso contencioso-administrativo y, en especial, del proceso que culmina con la medida de suspensión de efectos de un acto administrativo.

En consecuencia considera esta Corte... que esa facultad genérica que consagra el dispositivo ya citado y que luego se concreta a través del llamado mandamiento de ejecución, debe entenderse referida en este ámbito, a la potestad que debe reconocerse al Juez de lo Contencioso para adoptar las medidas y providencias necesarias para dirigir e impulsar, activar y fiscalizar el cumplimiento de su decisión, venciendo los obstáculos o la resistencia que opone el órgano administrativo al mismo. Entenderlo de otro modo llevaría al aserto, inaceptable, de que quedara prácticamente indefinida la resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de esta jurisdicción, desvirtuando la finalidad esencial que persigue su ejercicio: la satisfacción de las pretensiones que el interesado aduce frente a la Administración.

De esta manera, atendiendo a que la principal consecuencia jurídica de la sentencia, es el efecto ejecutivo, esto es, la actividad tendiente a cumplir lo dispuesto en el fallo, con o sin la voluntad del obligado, se llega a concluir que puede el Juzgador de lo Contencioso adoptar las medidas y providencias necesarias que se dirijan al cumplimiento de lo decidido, habida cuenta de la especial naturaleza de la pretensión deducida ante él” (“Jurisprudencia Venezolana”, Ramírez & Garay, S.A.; Tomo LXXIX; Caracas; 1.982; página 278).

En ocasiones, reiteramos, el fallo cautelar a través de la cual se suspenden provisionalmente los efectos del acto administrativo impugnado sólo beneficia al recurrente una vez que la Administración Pública realiza las actuaciones necesarias para el efectivo restablecimiento del *status quo* existente al momento del ser dictado el acto administrativo de gravamen. En propósito, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de fecha 18 de Marzo de 1.993, sostuvo que se hallaba en el deber, “... en ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 204 de la Constitución y 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a garantizar el cumplimiento obligatorio de sus fallos, de ser ello necesario (Sentencia del 9 de mayo de 1991, caso: Saitanca), sin lo cual la ineficacia de aquéllos haría ilusoria el acceso a la justicia” y, por esa circunstancia, la Corte Suprema de Justicia, ante la inercia del Municipio demandado, mediante comisión le ordenó al Juzgado Superior en lo Civil, Contencioso-



Administrativo, Tributario y Agrario de la Región Centro Occidental la “cabal e inmediata ejecución” del fallo cautelar a través del cual se habían suspendido los efectos del acto administrativo de efectos particulares que había declarado la caducidad de una concesión administrativa, “... en el sentido de que ponga a la actora en su condición de concesionaria, cualidad que detentaba a juicio del mismo Municipio al momento de dictar el acto impugnado... “ y pueda, en consecuencia, según lo prevé el contrato, “asumir la explotación de la cantera” (caso David Montiel Guillén). La Corte, para garantizar la eficacia de un fallo cautelar, comisionó a un tribunal contencioso-administrativo de primera instancia para que pusiese al actor en posesión (precaria) de la cantera sobre la cual versaba el contrato cuya caducidad había sido declarada (consúltense en “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; Tomo 3; Caracas, 1.993; página 153). En el caso de la especie, la obligación de hacer fue ejecutada forzosamente por el juez contencioso-administrativo.

V.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EJECUCION DE LOS FALLOS EN QUE EL ACTOR HACE VALER UNA PRETENSION DE CONDENA O “PRESTACIONAL” FRENTE A LA ADMINISTRACION. REFLEXIONES EN TORNO A LA EJECUCION FORZOSA DE LAS OBLIGACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER

En segundo lugar, a través del ejercicio de una acción contencioso-administrativa el actor puede pretender exigirle a la Administración el cumplimiento de una obligación. Piénsese, *exempli gratia*, en el caso de un funcionario público de carrera que solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo de destitución que lo separó del cargo y, además, exige se le reincorpore al cargo que venía desempeñando, amén del pago de los salarios que se hubieran causado entre la fecha de su destitución y la fecha en que fue publicado el fallo definitivo, a título de daños y perjuicios. En esta hipótesis, la anulación del acto administrativo recurrido no resulta idónea, por sí sola, para satisfacer la pretensión del actor, ya que, como es evidente, la Administración debe realizar todos los trámites necesarios para que la reincorporación se haga efectiva y la indemnización acordada por el tribunal sea pagada.

En algunas oportunidades, el juez contencioso-administrativo puede sustituir la actuación que la Administración demandada se niega a realizar. Piénsese en el caso del contribuyente a quien no se le expide -o se le niega expresamente- la solvencia de impuesto solicitada, a pesar de no adeudarle suma alguna de dinero al Fisco. En este supuesto, a instancia de parte interesada, el tribunal puede, por una parte, decretar la nulidad de la negativa impugnada y, adicionalmente, puede disponer que el fallo sirva de sucedáneo de la solvencia que la Administración demandada se niega a expedir (el Artículo 217 del Código Orgánico Tributario dispone que el Tribunal en su fallo puede fijarle plazo a la Administración “para que realice el trámite o diligencia o dispensará del mismo al actor, previo afianzamiento del interés fiscal comprometido”).

Por tanto, cabe afirmar que en virtud del fallo judicial definitivo, la Administración podría verse obligada a realizar una prestación, esto es, a realizar una actividad -*lato sensu*- favorable a los intereses del particular. En estos casos, de acuerdo a la terminología empleada por González-Varas Ibañez, la pretensión del particular recurrente puede ser calificada como una “pretensión procesal de carácter prestacional” (GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago; Op. Cit.; página 146). De acuerdo al ordenamiento jurídico venezolano, de acuerdo a las circunstancias del caso, ese tipo de pretensión puede ser hecha valer de manera autónoma -*exempli gratia*, cuando se exige judicialmente el cumplimiento de un contrato-, o bien conjuntamente con la “pretensión procesal de anulación”. En este último caso, la pretensión del recurrente no se circunscribe única y exclusivamente a la anulación de un acto administrativo de gravamen. Por el contrario, en esta hipótesis, el particular hace valer una pretensión de condena y el juez puede conminar a la Administración Pública a un dar, un hacer o un no hacer. Precisamente por ello, salta a la vista que cuando el actor hace valer una pretensión prestacional, resulta necesario prever un mecanismo procesal idóneo para que, en caso de renuencia por parte de la Administración, pueda exigírsele al juez el cumplimiento forzoso del fallo, incluso en contra de la voluntad de la Administración Pública demandada.

La ley no contempla ningún procedimiento, de obligatorio cumplimiento, que la Administración Pública Nacional deba observar al ser condenada, mediante decisión judicial, al pago de una suma de dinero. Para evitar que la ejecución quede librada a la sola voluntad de la Administración



demandada, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha recurrido a la analogía para dejar sentado que los fallos judiciales mediante los cuales se condene a la Administración al pago de sumas de dinero, deben ejecutarse de acuerdo a los trámites previstos en el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en vigor (Sentencias de fechas 12 de Mayo de 1.983 y 3 de Octubre de 1.990, casos Ana Marin de Ruiz y Ali Madrid Guzmán, respectivamente). En propósito, cabe citar el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 7 de Octubre de 1.993 (caso Carlos Roberto Russo Gasparini), en el cual se dejó sentado cuanto sigue:

“... los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa dirimen conflictos entre los entes del Estado y los particulares. En los casos de ejecución de sentencias en contra de los primeros, las reglas de ejecución previstas en el Código de Procedimiento Civil se alteran en virtud de las prerrogativas procesales de inembargabilidad de los bienes del Estado, consagrada en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con el artículo 227 de la Constitución que establece el principio de legalidad presupuestaria. Estos privilegios de la República son aplicables a los estados (artículo 33 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público), a los Municipios (artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal); al Distrito Federal (artículo 33 de la Ley Orgánica del Distrito Federal), y a los demás entes del Restado cuyas leyes de creación consagren privilegios procesales. *Con respecto a estos entes, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en virtud de la analogía ha aplicado como mecanismo de ejecución de sentencias el establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para los casos de ejecución de sentencias condenatorias contra los Municipios* (autos de la Sala de fecha 9 de mayo de 1991, caso IMAU; de fecha 29 de abril de 1993, caso Cervecería de Oriente; y de fecha 13 de mayo de 1993, caso Melo Solórzano. Este criterio ha sido acogido por el Tribunal de la Carrera Administrativa” (“Jurisprudencia de los Tribunal de Última Instancia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; número 10; Caracas, 1.993; página 198).

Más aún, en resolución judicial de fecha 14 de Agosto de 1.986, en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo especial, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, por aplicación analógica del Artículo 81 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente *rationae temporis*, estableció que el Juzgado *a-quo* -vale decir, el Tribunal de la Carrera Administrativa- podría “... aplicar analógicamente el procedimiento de ejecución de fallos judiciales contra la Administración Municipal... “(Caso Alex Alberto Galué Mendoza, publicado en

“Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; número 26-27; Caracas; 1.986; páginas 75 y 76).

Empero, debe destacarse que en caso de que resulte necesario proceder a la ejecución forzosa de la resolución judicial que condene a un “dar”, la misma no puede versar sobre bienes del dominio público u otros bienes inalienables o inembargables (NEHER, Jorge; “Privilegios y Prerrogativas de la Administración en el Contencioso Administrativo”; publicado en el “Liber Amicorum”, Libro Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.994; páginas 419 y siguientes). He aquí una importante limitación legal a los poderes de ejecución.

Adicionalmente, debe destacarse que las previsiones contenidas en los Artículos 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional y 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, constituyen excepciones al carácter continuado de la ejecución de las sentencias, regulado por los Artículos 532 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (Sentencia del 26 de Junio de 1.985, caso José Alberto Totesaut, publicado en “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia”; Oscar Pierre Tapia; número 6; Caracas; 1.985; página 171).

El problema se torna más agudo cuando la pretensión hecha valer por el actor requiere o supone el cumplimiento de una obligación de hacer por parte de la Administración Pública. Sobre el particular, mediante sentencia del 16 de Julio de 1.987, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, bajo ponencia de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, dejó sentado que “... en el campo de lo Contencioso Administrativo llevar a cabo la ejecución de una sentencia representa un grave problema, sobre todo cuando ella impone a la Administración la carga de realizar algo (*facere*), y más específicamente, cuando se trata de la reincorporación de un funcionario por haber sido anulado el acto de retiro o destitución que lo afectara; por tanto, la solución del mismo no puede ser reproponer una nueva querella... (para) lograr la ejecución de una sentencia definitiva. Una vía podría ser utilizar el querellante victorioso contra la Administración renuente al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, es la configurada en el ordinal 23 del Artículo 42 de la Ley Orgánica de la



Corte Suprema de Justicia, denominada doctrinariamente “recurso de abstención o carencia” (“Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; número 37; 1.987, páginas 76 y 77). En criterio de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, contenido en sentencia de fecha 6 de Diciembre de 1.984, dicho recurso resulta procedente cuando existe “... una carga u obligación legal (concreta y precisa) que pese sobre la autoridad recurrida y a la cual la misma no haya dado cumplimiento” (Revista de Derecho Público, número 20; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.984; página 173). En el caso de la especie, la norma contentiva de la obligación concreta y específica a la cual alude la jurisprudencia sería la sentencia definitiva que estableció cuál es la regla de Derecho que disciplina el caso concreto. No obstante, debe destacarse que la solución propuesta por la Corte no garantiza tutela judicial efectiva, pues el recurso judicial contra las conductas omisivas de la Administración debe sustanciarse, así lo ha dejado sentado la jurisprudencia, de acuerdo a los trámites establecidos en los Artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (procedimiento judicial de anulación de los actos administrativos de efectos particulares). La solución no es, pues, satisfactoria.

Posteriormente, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, bajo ponencia -una vez más- de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, declaró procedente el recurso de amparo constitucional que había sido intentado por el actor para obtener el cumplimiento forzoso de un fallo contencioso-administrativo de anulación que previamente había declarado la ilegalidad de la decisión mediante la cual el Colegio de Bioanalistas del Distrito Federal y Estado Miranda le había negado a aquél la inscripción en esa corporación profesional (Revista de Derecho Público, número 29; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.987; páginas 122 y 123). En la Sentencia, de fecha 18 de Diciembre de 1.986, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, luego de establecer que la negativa de registro del Colegio de Bioanalistas del Distrito Federal y Estado Miranda se traducía en un incumplimiento del fallo de anulación y violaba el derecho constitucional al trabajo del actor -tégase presente que la colegiación habilita para el ejercicio de esa profesión-, le ordenó al Colegio inscribiere al actor como miembro de esa corporación dentro del lapso de diez (10) días, contados a partir de la publicación de la sentencia, y apercibió al Colegio que si dicho lapso vencía sin que se le hubiere dado cabal

cumplimiento a la orden de inscripción, el actor "... se tendrá como inscrito a todos los efectos legales". Como se observa, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Corte recurrió al recurso de amparo constitucional para ejecutar, de manera forzosa, una "obligación de hacer".

Hallándose pendiente el proceso contencioso-administrativo de anulación, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo había obtenido resultados análogos a los logrados con el mandamiento de amparo constitucional del 18 de Diciembre de 1.986, sobre la base del poder cautelar consagrado por el Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Aludimos aquí a la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 21 de noviembre de 1.980, en virtud de la cual esa Corte suspendió los efectos del acto mediante el cual el Colegio Nacional de Periodistas le había negado al recurrente su inscripción en el antedicho colegio profesional y, complementariamente, le ordenó a ese Colegio que inscribiese al demandante provisionalmente, hasta tanto se dictase el fallo definitivo (Revista de Derecho Público, número 1; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1.980; página 149).

La ventaja de la segunda alternativa mencionada es evidente: La ejecución forzosa puede obtenerse a través de un procedimiento judicial breve y sumario. Empero, debe destacarse que, a nuestro entender, las opciones empleadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo para sortear los obstáculos que los medios tradicionales de ejecución de los fallos contencioso-administrativo presentan, contravienen la "naturaleza" y "función" de esos dos procesos, que dejan de ser procesos de cognición para convertirse en procesos de ejecución.

Finalmente, en lo que al cumplimiento de obligaciones de hacer se refiere, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución fechada el 27 de Enero de 1.994, dejó establecido, invocando a Goldschmidt, que, a la luz del derecho positivo venezolano, no existía óbice alguno para que se propusieran contra la Administración Pública "... las llamadas "acciones de mandamiento", concebidas como aquellas dirigidas o encaminadas a obtener un mandato contra un órgano del Estado, al cual se le impone una conducta debida (vid. Cuenca, Humberto, "Derecho Procesal Civil", U.C.V., 1986, pág. 164). Incluso el artículo 206 de la Constitución, contempla acciones para obligar a la Administración



Pública a cumplir obligaciones de dar, hacer o no hacer, lo cual ratifica el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia” (“Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Repertorio Mensual de Jurisprudencia; Oscar Pierre Tapia; Tomo I; 1.994; página 95). El fallo citado es una decisión aislada, que no ha sido ulteriormente explorada o analizada por nuestro más alto Tribunal.

**EL JUEZ ADMINISTRATIVO
COMO JUEZ CONSTITUCIONAL**



**EL JUEZ ADMINISTRATIVO COMO
JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Por
Frank Moderne
Catedrático de derecho público de la
Universidad de Paris I (Panthéon Sorbonne)**

**I.
CONSIDERACIONES GENERALES**

El enunciado "juez administrativo como juez constitucional" suscita de inmediato la cuestión del respectivo ámbito que corresponde, en este punto, a la jurisdicción constitucional y a la ordinaria y de las relaciones entre el juez constitucional y el juez administrativo en los Estados de derecho.

Es un tema de gran transcendencia en la mayoría de los Estados europeos contemporáneos si nos referimos en la situación muy peculiar de la justicia constitucional en el llamado "modelo europeo".

En este asunto la historia es reina, quiero decir la historia del juez administrativo y la del juez constitucional.

1. Por lo que se refiere al juez administrativo, se deben recordar algunos principios y algunos hechos básicos.¹

¹. Vease el dossier de la *Revue française de droit administratif* (1990, n 5, p. 689 et ss.) sobre *La dualité de juridiction en France et à l'étranger*.

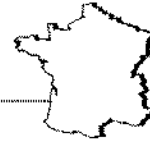
Como sabemos, de todos los poderes públicos, el que tiene mayor capacidad de incidir en la esfera de los ciudadanos de forma directa es el poder ejecutivo y su brazo secular, la Administración pública. Por tanto, todo el montaje técnico del control de la acción del poder va a instrumentarse a través el control jurisdiccional de la actividad administrativa. Este tipo de control constituye indudablemente la mayor garantía de los administrados frente a las decisiones de la Administración que les afectan en sus derechos, sus bienes, incluso sus libertades esenciales. Se puede afirmar que el control judicial representa, en cuanto es exterior a la administración controlada y goza del beneficio de la autoridad de cosa juzgada, la culminación de las protecciones jurídicas del ciudadano frente a una administración supuestamente apoyada en la ley.

Es por eso que los grandes teóricos de la Revolución francesa de 1789, y en primer lugar J.J. Rousseau, hubieran preferido una democracia directa sin administración o al menos una administración sirvienta ciega de la ley siendo ésta la expresión de la voluntad general del pueblo.

Eso dicho, no todos los países europeos han instrumentado del mismo modo el control de la legalidad de la acción administrativa y su obligado sometimiento a la legalidad o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico.

La creación de un juez administrativo capacitado para controlar la legalidad de los actos administrativos y separado del juez judicial ordinario es una creación paradójica de origen francés. Su justificación teórica estaba en una radical concepción de la división de poderes: si el juez ordinario pudiera condenar a la administración pública, anulando o modificando sus decisiones, estaría en el fondo haciendo una función ejecutiva. La verdadera explicación es puramente pragmática e histórica: los revolucionarios franceses recelaban de los jueces a quienes consideraban capaces de frenar las reformas como lo habían eficazmente hecho durante los últimos decenios del Antiguo Régimen.

Sigue de inmediato la creación de un nuevo sistema de control de la acción administrativa, a través la propia administración, aconsejada por una asamblea política, obra de Napoleón, el Consejo de Estado. El prestigio, la independencia de facto y la objetividad funcional del Consejo de Estado le han permitido hacer creíble el sistema de control en orden a la garantía



de los derechos de los ciudadanos. El Consejo de Estado se convirtió en juez con una ley de 1872 que le otorgó la jurisdicción delegada, con lo cual el derecho se adaptó a los hechos.

El modelo francés de justicia administrativa ha tenido una trayectoria histórica brillante en la que la acción del Consejo de Estado y, más tarde, de los otros tribunales administrativos ha dado lugar a una interpretación pretoriana del control de la legalidad de los actos administrativos. De la legalidad, y no de la constitucionalidad. La misma idea de un control de constitucionalidad de la ley no ha sido admitida hasta la Quinta República, con la creación del Consejo constitucional. La ley, expresión directa y legítima de la soberanía del pueblo, no podía ser controlada. Debía ser aplicada, sin más, con la ayuda de los jueces ordinarios (judicial o administrativo).

El modelo francés sería el adoptado inicialmente por varios países europeos a medida que implantaban el régimen administrativo. Se basa en que el control de la acción administrativa sometida a derecho administrativo lo realiza un juez administrativo específico, separado del juez judicial y se configura por lo esencial como un control de legalidad.

Este modelo tiene una variante en el sistema italiano, por ejemplo, con doble jurisdicción para el control de la acción administrativa. Este sistema atribuye el control en vía de recurso de la legalidad de la actividad administrativa a los tribunales ordinarios o a los tribunales administrativos, en función de cual es el alcance que el acto a enjuiciar ha tenido para el recurrente. Si tal acto afecta a los derechos subjetivos del recurrente, el recurso debe interponerse ante el juez ordinario. Si, por el contrario, sólo afecta a sus intereses legítimos, el recurso tiene que plantearse ante un tribunal administrativo regional o ante el Consejo de Estado italiano. Esta doble vía implica distinciones sutiles entre derechos subjetivos e intereses legítimos, tema muy controvertido en la doctrina italiana.

El llamado "modelo judicial" pretende apartarse enteramente del modelo francés y adoptar un sistema de control de la administración que se deriva de una interpretación diferente de la teoría de la división de poderes. El juez ordinario, (por ejemplo en los países anglo-sajones) se presenta como el juez normal de la administración como de los ciudadanos.

En algunos Estados, se conserva el sistema de origen francés de un juez administrativo, pero se parte de la premisa que la jurisdicción contencioso administrativa no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional. La especialización del juez administrativo no rompe por eso con el sistema judicial puro. Tal es el caso de España.

2. Por lo que se refiere al juez constitucional, no sería inútil recordar, aunque la historia sea conocida en sus rasgos esenciales, las razones de la emergencia de una justicia constitucional en algunos Estados democráticos europeos, y de una justicia constitucional auténtica, separada de la justicia ordinaria (sea judicial o administrativa). En el constitucionalismo primitivo, basado en la concepción rousseauiana de la ley como expresión única, perfecta y legítima de la voluntad general, resultaba evidente que el control de constitucionalidad de las leyes por un juez capacitado para enfrentarse con el Parlamento (los representantes del pueblo) conculcaba directamente la doctrina de Rousseau.

La opción de un constituyente por una jurisdicción constitucional especializada y por un control concentrado de la ley (o de los tratados o convenios internacionales) no se imponía históricamente como una solución lógica y evidente. Y, concretamente, ciertos países europeos no han adoptado tal sistema, los del modelo de *la judicial review*.

Se trata de una decisión política más que jurídica. La aparición de tribunales constitucionales en el periodo de entreguerras ha supuesto un giro radical, no en la concepción del control jurisdiccional como tal en las democracias liberales sino en el postulado de la inmunidad jurisdiccional de la ley como frente del derecho y, consecuentemente, en la supremacía política del Parlamento en un régimen de separación de los poderes.

El origen de esta revolución (en el sentido copernicano del término) surgió por lo esencial de la promoción de los derechos fundamentales, de la necesidad de remontarse a un orden de valores subyacentes en la Constitución o en textos anteriores de valor constitucional, por encima de la ley, frente a la omnipotencia incontrolada de las mayorías parlamentarias y, paradójicamente, a sus lamentables debilidades frente a las dictaduras de tipo fascista o nacional-socialista.



Bajo la influencia del ilustre jurista Hans Kelsen, la aparición y el desarrollo de tribunales constitucionales capacitados para controlar la ley, al lado de los tribunales administrativos capacitados para controlar los actos administrativos, incluso al más alto nivel (el de los reglamentos gubernamentales), han configurado un nuevo modelo de poder judicial y, en una cierta medida, una concepción novedosa del antiguo tema de la separación de poderes.

Se puede sostener en efecto que la forma de articulación entre estas dos jurisdicciones se presenta como una manifestación genuina de la división de poderes²: las reglas que ordenan el diferente modo de acceso a una y otra jurisdicción, el objeto del control (los actos o disposiciones controlados) y los efectos de los pronunciamientos jurisdiccionales diseñan otro modo de distribución de los poderes y, por fin, de limitación de los poderes.

¿Qué otra cosa, sino desdoblar la función jurisdiccional en relación con la división de poderes hacen las normas que apoderan a algunos órganos y sujetos (no a los particulares) la capacidad de controvertir directamente ante un tribunal constitucional la validez de una ley, ley que por otra parte está declarada inmune al control del juez ordinario y, en particular, del juez administrativo? Esta presentación de los jueces administrativo y constitucional permite plantear el problema del juez administrativo como juez constitucional. Históricamente, el juez administrativo no ha sido creado para controlar la constitucionalidad de los actos de la administración sino su legalidad (a través del recurso por exceso de poder o recursos de mismo tipo). Su función legítima, mejor dicho, su misión que la aplicación de la ley, soberana, la resolución de los litigios en función de la ley y de la sola ley. Por lo contrario, el juez constitucional ha sido concebido como un instrumento que facilita el enjuiciamiento de la conformidad a la Constitución de una norma legal.

Sin embargo, como lo había visto con una notable lucidez el mismo H. Kelsen, "el punto constitucional es el más difícil en la determinación del

². En este sentido, J. JIMENEZ CAMPOS, Prólogo al libro de F. CAAMAÑO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de estudios constitucionales, Madrid 1994, p. 17 y ss.

ámbito de la justicia de "delimitarlo adecuadamente respecto del ámbito de la justicia administrativa, existente en la mayor parte de los Estados".³

En efecto, el juez administrativo no puede constreñirse al control de la mera legalidad de los actos administrativos. No puede ignorar la Constitución. Es, y probablemente siempre ha sido, un juez constitucional. Si el problema no había sido más discutido en la Europa decimonónica, es que la ley había ocultado la Constitución en la jerarquía de las normas, hasta el punto que, por el menos en el sistema francés, la ley prevalecía sobre toda otra norma sea constitucional sea internacional.

La coexistencia entre el juez administrativo como juez constitucional y el propio juez constitucional siempre ofrece resistencias y desajustes (aunque sólo sean inerciales) cuando tiene que amoldarse a las exigencias derivadas de un principio superior, el principio de constitucionalidad, que se irradia sobre el entero ordenamiento jurídico.

Parece, por lo tanto, interesante averiguar como opera el juez administrativo, tradicionalmente juez de la legalidad, cuando se convierte también en juez de la constitucionalidad en el control jurisdiccional de los actos y de las normas infralegales.

Lo comprobaremos al analizar su papel tanto en el marco de un control directo de la constitucionalidad de los actos administrativos como en el marco, más flexible, de un control indirecto de la constitucionalidad de la propia ley.

II.

EL JUEZ ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL DIRECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Planteamiento del problema

Es evidente que, en todos los países donde coexisten un juez constitucional y un juez administrativo, hay un ámbito de reserva jurisdiccional en el que el juez constitucional interviene de modo excluyente para enjuiciar

³ "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. española, en *Escritos sobre democracia y socialismo*, Debate, Madrid, 1991, p. 139.



la ley. Recordemos que la ley se queda inmune al control de la justicia ordinaria, la del juez administrativo como la del juez judicial.

Más allá de estas observaciones previas, hay entre justicia constitucional y justicia administrativa una supremacía jurisdiccional de la primera en la defensa, garantía y protección de los derechos fundamentales, en cuanto son proclamados en el texto constitucional o en una Declaración de rango constitucional. Esta posición de supremacía del juez constitucional está claramente subrayada en las nuevas constituciones europeas (por ejemplo, la Constitución española, art. 123-1 - o la Constitución portuguesa - o las Constituciones de los países de la Europa central y oriental ex-comunista, etc.)

Por otra parte, resulta claro que la jurisdicción constitucional, en regla general, no tiene competencia para valorar la validez jurídica de los actos administrativos.⁴

El juez constitucional y el juez administrativo poseen a priori ámbitos distintos de actuación. Al primero, a través de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes (o normas con fuerza de ley) le corresponden específicas competencias asignadas en el texto constitucional: el control concentrado y abstracto de la constitucionalidad lo es sobre la ley, no sobre el reglamento de aplicación a los actos de valor infra-reglamentario. Al juez administrativo le corresponde conocer de recursos que se formulen contra la actividad normativa de la administración.⁵

Por consiguiente, quedan excluidas normalmente del control del juez constitucional las normas jurídicas de valor infra-legislativo y los actos administrativos particulares.

⁴. Véase la sentencia N° 141/85 de 22 de octubre de 1985, del Tribunal constitucional español : "El juicio de constitucionalidad se refiere a las leyes y a las disposiciones normativas o actos que tengan fuerza de ley, lo que impide un juicio de constitucionalidad de los reglamentos" (tratándose de la competencia del juez constitucional).

⁵. Nos limitaremos al control de la actividad normativa y no de la actividad material de la administración por el juez administrativo.

Cierto es, la rigidez del modelo kelseniano de justicia constitucional ha quedado superada por las constituciones europeas de posguerra, llamando a una permeabilidad entre los dos planes de la constitucionalidad y de la legalidad.

Puede ocurrir que el juez constitucional sea declarado competente para verificar a título excepcional la validez de actos administrativos determinados, por ejemplo cuando estos actos, a pesar de ser administrativos, no son controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa : tal sería, en ciertos países, el caso de los llamados "actos políticos", en el sentido estricto de la expresión, o al menos de algunos de ellos.⁶

Dejando a un lado esta problemática, la cuestión es de determinar si y como el juez administrativo, en el marco de sus competencias normales de control de la "legalidad" de los actos administrativos (y especialmente de los actos de rango normativo) puede incluir o no el control directo de la constitucionalidad de dichos actos en el concepto amplio de "legalidad" o, según una expresión del derecho francés, de "bloque de legalidad".

La respuesta en principio debe ser positiva, al considerar la noción de supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico y la interrelación objetiva que existe entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.⁷

2. ¿En qué sentido es el juez administrativo un juez de la constitucionalidad?

Varias son las razones que pueden explicar la postura del juez administrativo ante el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo.

Podríamos referirnos como punto de partida a esta observación pertinente del Tribunal constitucional español, en una sentencia Nº 50/1984 de 5 de abril, que dice : "la distinción entre la jurisdicción constitucional y la

⁶. L. FAVOREU Y TH. RENOUX, *Le contrôle constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, Paris, 1992, p. 8 y ss.

⁷. *Ibid.*, p. 8 y ss.



ordinaria no puede establecerse, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la simple legalidad, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables.

Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la ley, olvidar la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley...".⁸

La supremacía de la Constitución no se detiene ante la ley. Se extiende a todo el ordenamiento jurídico. Un acto administrativo o un reglamento, y no sólo la ley, también pueden ser contrarios a la Constitución. Corresponde pues al juez administrativo, en su función contencioso-administrativa, negar validez a las normas reglamentarias o a los actos administrativos particulares que le parezcan tachados de inconstitucionalidad.

El principio de legalidad "lato sensu" (mejor dicho, de "juridicidad"), en todos los países que han adoptado un sistema de justicia administrativa, se presenta como una de las manifestaciones primarias y esenciales del Estado de derecho.

Algunas constituciones se refieren formalmente a la legalidad como idea básica para la configuración de un Estado democrático.⁹ Por eso, la

⁸. P. Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985, p. 51 y ss. ; cf. E. Alonso García : "Pretender que la legalidad ordinaria y la legalidad constitucional son ámbitos del ordenamiento jurídico perfectamente separados es, pura y simplemente, irreal", en *La interpretación de la Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, p. 477 y ss.

⁹. Por ejemplo, la Constitución española : art. 9-3 ("La Constitución garantiza el principio de legalidad"); art. 103-1 : ("La administración pública ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho").

palabra "ley" no ha de entenderse en sentido estricto, como norma jurídica emanada del Parlamento, sino en sentido amplio que abarca normas superiores tales como la Constitución y los tratados internacionales. Se trata más bien del sometimiento de la administración al "derecho" y en primer lugar a la Constitución.

Se puede afirmar que la doctrina de la vinculación positiva (positiva Bindung en la doctrina alemana) de la Administración por la legalidad es universalmente aceptada en los Estados democráticos de derecho. Así la Constitución austriaca de 1920, en la que Kelsen influyó decisivamente, dispone que la administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino auf Grund der Gesetz, sobre el fundamento de la ley. El articulado de la Constitución Federal Alemana (Ley Fundamental de Bonn) establece por su parte que "el Poder Ejecutivo y los Tribunales están vinculados a la ley y al derecho" (Sind an Gesetze und Recht gebunden), fórmula que ha claramente inspirado el artículo 103-1 de la Constitución española de 1978,

De todo modo, el juez ordinario es también un juez de la constitucionalidad ya que está habilitado a aplicar directamente la Constitución frente a normas de rango inferior a la ley.¹⁰ No se confina este control a una cierta parte de la Constitución sino que se extiende a todos sus contenidos, de suerte que la invocación de cualquier precepto constitucional podría justificar la invalidez o la inaplicación del reglamento sometido al juez administrativo.

Por fin, no hay obstáculo y no es una anomalía que un acto administrativo sea anulado o inaplicado por el juez administrativo en razón a su inconstitucionalidad debidamente controlada, es decir por su no conformidad con una disposición constitucional.

¹⁰ Véase la sentencia del Tribunal constitucional español de 1 de junio de 1981: "La defensa de la Constitución frente a eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los jueces y tribunales, que han de negar validez a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución".



3. Sobre algunas dificultades residuales

Algunas cuestiones merecen ser planteadas para matizar lo anteriormente dicho y posiblemente marcar ciertos límites al poder del juez administrativo en materia de control de la constitucionalidad de los actos administrativos.

A. Un primer problema radica en el tema tan discutido de los actos políticos (o "actes de gouvernement" en la terminología francesa)

La evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa es, en buena medida, el reflejo de la conquista de su territorio, a través de una pugna constante por el sometimiento del poder estatal al derecho; la lucha contra las inmunidades del poder, como lo sabemos todos, pasa por su fiscalización judicial con el objetivo último de alcanzar lo que con Otto Bachof podríamos denominar una "protección jurídica sin lagunas" (lückenlos Rechtsschutz)

El proceso de intensificación del control judicial sobre los llamados "actos políticos" ha sido iniciado por el juez administrativo, en el marco del principio clásico de legalidad, sin referencia a la Constitución.

El problema del control de constitucionalidad de dichos actos se plantea en otros términos con el constitucionalismo de entreguerras y la creación de un juez constitucional especializado. La cuestión ya no estriba en combatir los espacios inmunes al control del juez, sino la de saber a quién -juez constitucional o juez administrativo - corresponde esa competencia. Los actos políticos ¿pueden y deben ser controlados por la jurisdicción constitucional?, por la jurisdicción contencioso-administrativa?, o por ninguna de ellas?. Las dudas persisten hoy en nuestros ordenamientos jurídicos.

B. Otra dificultad radica en el control de los reglamentos ejecutivos por vicio de inconstitucionalidad.

La relación entre reglamento y Constitución no puede ser la misma cuando concurre ley interpuesta y cuando no media ninguna ley. El reglamento administrativo puede ser perfectamente conforme con la ley de referencia y contrario a la Constitución en la medida en que la propia ley sea inconstitucional.

En los sistemas en los que el juez administrativo está habilitado para cuestionar la constitucionalidad de la ley ante el juez constitucional, el problema se arregla mediante la decisión de éste.

La dificultad, sin embargo, se desplaza ¿será para el juez administrativo una obligación jurídica o una mera posibilidad el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad de la ley ante el juez constitucional? En ciertos países (concretamente en España), el juez tiene la obligación de inaplicar las disposiciones reglamentarias contrarias a la Constitución (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). ¿Cuál es el alcance de esta disposición?. Se puede entender como una habilitación a verificar directamente la constitucionalidad del reglamento sin pasar por un control previo de legalidad. A la inversa, y más lógicamente, se puede sostener la necesidad de realizar un juicio de legalidad de las disposiciones reglamentarias (refiriéndose a la mera jerarquía internormativa), previo al de constitucionalidad. Este control de constitucionalidad tendría su razón de ser en la inconstitucionalidad de la ley interpuesta aunque se traduzca en una inaplicación del reglamento "inconstitucional" (y no una nulidad *erga omnes*).¹¹

En otros sistemas, el juez administrativo no tiene la facultad de dirigirse al juez constitucional para plantear una "cuestión de inconstitucionalidad" de una ley vigente. En Francia, por ejemplo, el control constitucional de la ley es exclusivamente un control previo y no es sistemático. En principio, el juez administrativo se considera vinculado a la ley. Por eso, no puede valorar su constitucionalidad, tampoco remitir el problema al juez constitucional. Esto es lo que la doctrina francesa denomina el principio de la "ley-pantalla": la competencia del juez administrativo para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma o de un acto administrativo, cesa desde el momento en que una u otra encuentran su legitimación en una ley.

¹¹. De todo modo, de admitirse esta posibilidad, tendríamos que reconocer una extralimitación de las competencias que constitucionalmente se atribuyen a los jueces en la medida en que no pueden controlar directamente la constitucionalidad de una ley: esta facultad corresponde en monopolio al juez constitucional.



De hecho, las cosas no son tan simples. La doctrina¹² ha demostrado que el juez administrativo francés sabía utilizar diferentes técnicas para asegurar la prevalencia de la Constitución sobre las leyes posteriores contrarias, declarándolas conformes con la Constitución a través de una interpretación orientada, o estimando que la ley cuestionada es "transparente" porque se limita a remitir al gobierno la tarea de elaborar las reglas de fondo, lo que permite descartarla para controlar directamente la constitucionalidad del reglamento gubernamental.

Por último, el razonamiento del juez administrativo en los Estados europeos desvela una voluntad común o de controlar la constitucionalidad de los actos administrativos.

III. EL JUEZ ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL INDIRECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

No resulta oportuno reabrir en este lugar el siempre inconcluso debate acerca de la noción de control indirecto de la constitucionalidad. Consideramos sin embargo, conveniente hacer alguna precisión al respecto sin ánimo de incidir en un tema controvertido. Podemos convenir en denominar "indirecto" un control de constitucionalidad que, aunque no se manifieste en la ratio decidendi, es decir en los argumentos considerados relevantes para la adopción de una solución concreta, está implicado por esta misma solución.

Este tipo de control, lo ejerce el juez administrativo respecto de la Ley en conformidad con su misión, su oficio: decir el derecho para resolver un litigio concreto determinado que implica a la administración.

No queremos decir por ello que el control de la legalidad de la acción administrativa signifique hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de dicha acción en la medida en que también se controla a la administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la

¹². L. FAVOREU, "Les règlements autonomes n'existent pas", R.F.D.A. 1987, p. 871 y ss.

Constitución, a través (por ejemplo) de la aplicación de los principios generales del derecho. Eso sería otra discusión.

Otra tiene que ser la lectura de las sentencias jurisdiccionales que permiten al juez administrativo plantearse un problema de constitucionalidad de la ley.

1º. En primer lugar, y por razones anteriormente expuestas, la interpretación de la ley debe de estar siempre orientada hacia la Constitución.

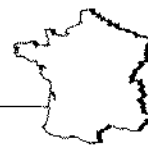
La función creadora del juez administrativo (o del juez judicial) no es la misma que la del juez constitucional (o del propio legislador). Es un juez constitucional, en cierta medida, no sólo porque aplica directamente la Constitución sino porque tiene que interpretar la ley de referencia con perspectiva constitucional.

Como la ha apuntado acertadamente el Tribunal constitucional español en una sentencia 135/1986, "el juez ordinario... ha de enlazar la aplicación de la legalidad, por muy estricta que sea, con su transcendencia constitucional".

Formalmente, el control del juez, frente a normas con valor de Ley, no se presenta como un control de la Ley y de su conformidad a la Constitución, pero si, su interpretación de la ley es un juicio indirecto de constitucionalidad.

2º. En segundo lugar, vinculando el problema con lo anteriormente expuesto, el juez administrativo está habilitado para cuestionar la constitucionalidad de una ley. Está así llamado a una intervención más activa en la depuración del ordenamiento jurídico de los textos inconstitucionales, suscitando ante el juez constitucional el control incidental de la constitucionalidad de una ley vigente (Italia, España).

Tal examen no faculta al juez administrativo para declarar propio motu la nulidad de la ley de constitucionalidad dudosa sino sólo para plantear la cuestión al juez constitucional.



Se podría discutir acerca de los matices en el papel del juez ordinario (administrativo o judicial). Sin embargo, cierto es, como advierte F. RUBIO Llorente,¹³ que el juez ordinario realiza, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, un verdadero juicio sobre la constitucionalidad de la ley. Si considera que la ley aplicable al caso es conforme con la Constitución, aplicará la ley para resolución del caso y no la Constitución. Si su juicio es el contrario, planteará la cuestión para que sea el juez constitucional quién, eventualmente, declare la inconstitucionalidad de la ley.

Se ve claramente que sin el juez administrativo (o judicial) que tiene la iniciativa de la cuestión de constitucionalidad, las leyes inconstitucionales mantendrían sus efectos. Contribuye por eso al control de constitucionalidad de las leyes.

3º. En tercer lugar, ocurre en ciertos países (por ejemplo en Francia) que la jurisdicción constitucional ayude al juez administrativo a cumplir con sus obligaciones indicándole, a través de directrices de interpretación, la manera correcta de interpretar una ley conforme con la Constitución. Se diseña así una forma de colaboración entre los jueces para que la ley fundamental sea adecuadamente aplicada. El margen de maniobra dejado al juez administrativo (u ordinario) frente a una ley vigente va a depender en buena medida del contenido y de la redacción de tales directrices.

Así, cuando el juez constitucional francés invita al juez administrativo a verificar cuidadosamente el respecto por el Consejo Superior de lo Audiovisual (autoridad administrativa independiente encargada del control de las emisiones de radio-televisión) del principio de pluralismo de las ideas y de las opiniones, incita claramente a este juez a proceder al examen mucho más profundizado de los actos impugnados, a ir más allá, en nombre de la Constitución, que la propia ley, estrictamente interpretada, lo hubiera permitido. Es una manera de participar, con el apoyo del juez constitucional, en la neutralización de la posible inconstitucionalidad de una ley cuando está declarada constitucional sólo bajo reserva de una interpretación determinada, fijada por el juez constitucional.

¹³. Sobre la relación entre Tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista española de derecho constitucional*, Nº 4, p. 46.

A modo de conclusión, habría que insistir en la validez de la actuación del juez administrativo como juez constitucional. Los rasgos específicos de la norma constitucional no bastan, en efecto, para el trazado de líneas de demarcación netas entre los ámbitos de la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa. El monopolio del juez constitucional como órgano de control de la constitucionalidad no puede ser absoluto. La unidad de un ordenamiento jurídico explica y justifica que varias técnicas de colaboración entre los jueces, hayan sido utilizadas en los países que adoptan un sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes al lado de una justicia administrativa especializada en el control de los actos administrativos.

Más que la separación de los jueces y la delimitación estricta de sus respectivos ámbitos de actuación, como lo deseaba H. Kelsen, lo que cuenta es que la Constitución sea respetada.

**EL JUEZ ADMINISTRATIVO COMO
JUEZ CONSTITUCIONAL**



EL JUEZ ADMINISTRATIVO COMO JUEZ CONSTITUCIONAL

**Por Josefina Calcaño de Temeltas
Primer Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia.
Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad
Católica Andrés Bello**

El Profesor Moderne nos acaba de exponer en su densa ponencia los aspectos más resaltantes del control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado europeo y los matices que se presentan entre el control de la constitucionalidad que ejerce el juez constitucional propiamente entendido y el que realiza el juez contencioso-administrativo.

Acertadamente ha afirmado que el juez administrativo no puede constreñirse al control de la mera legalidad de los actos administrativos, no puede ignorar la Constitución. Que la supremacía de la Constitución no se detiene ante la ley, se extiende a todo el ordenamiento jurídico. Un acto administrativo sea general o individual, también puede ser contrario a la Constitución y, por ende, corresponde al juez contencioso negarle validez si lo considera viciado de inconstitucionalidad.

De la particular referencia que hace el profesor Moderne al sistema francés, podemos advertir fácilmente las profundas diferencias que existen entre los mecanismos de control de la constitucionalidad y las instituciones creadas para aplicarlas en Francia frente a los de otros países, los del llamado "modelo europeo" (Alemania, España, Portugal, Italia) y, por supuesto, más notablemente respecto a la situación de Venezuela.

Algunos autores franceses critican particularmente la institución del Consejo Constitucional -el cual ejerce un control preventivo de la constitucional de las leyes- por ser un órgano de naturaleza política, tanto por su origen y composición (nueve miembros designados por el Presidente de la República y los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado en

proporción de tres cada uno) como por la naturaleza de sus atribuciones, puede dar lugar a que en algún determinado momento, por razones estrictamente políticas, pudiesen actuar de común acuerdo el órgano legislativo con el jefe del Ejecutivo a objeto de declarar la conformidad del texto legislativo con la Constitución. Y se cuestiona sobretodo el hecho de que los particulares no estén habilitados para accionar ante ese cuerpo la inconstitucionalidad de una ley sino exclusivamente las tres altas autoridades mencionadas y el Primer Ministro, por lo que se concluye que el Consejo Constitucional “no es un juez constitucional entendido éste como un juez que garantiza a los ciudadanos el respeto de la Constitución por los poderes públicos y por el legislador en particular” (Francine Batailler: “Le Conseil d’Etat, Juge Constitutionnel”).

Pero lo que nadie pone en duda es el prestigio universalmente reconocido del Consejo de Estado francés, órgano máximo de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa, por su brillante actuación en la interpretación pretoriana del control de la legalidad de los actos administrativos, reafirmando en cada una de sus decisiones, con ponderación y equilibrio, su absoluta independencia frente al Ejecutivo, pese a ser un órgano inserto en la organización administrativa.

Y permítanme introducir aquí una nota personal a este comentario. Es haber corroborado directamente la singular idoneidad, eficacia y sabiduría de la decisiones dictadas por la Sección Contenciosa del Consejo de Estado francés, por haber tenido el privilegio de ejercer como pasante en dos oportunidades en ese Cuerpo.

Pero dejando a un lado las observaciones sobre las debilidades o las excelencias del sistema francés acerca de las cuales tanto se ha escrito, ante esta masiva y heterogénea concurrencia a las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo organizadas por FUNEDA, deseo hacer algunos breves enfoques respecto al control de la constitucionalidad en Venezuela y concretamente sobre el tema desarrollado por el Ponente de esta tarde: el juez administrativo como juez constitucional.

Cuando en un seminario internacional sobre justicia constitucional al que asistí recientemente en Lisboa me tocó referirme a la justicia constitucional en Venezuela y el papel del juez administrativo como juez constitucional, uno de los participantes -quien coincidencialmente acaba de hacer acto



de presencia en este auditorio, el Vicepresidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Dr. Rodolfo Piza- me acotó que según la descripción que yo había hecho de nuestro sistema, podría concluirse entonces que nosotros lo que teníamos era una jurisdicción contencioso-administrativa "mutilada" y le respondí que, en efecto, así es. Y lo es por dos razones importantes.

En primer lugar, porque a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países de derecho administrativo contemporáneo (para citar sólo tres ejemplos España, Portugal y Costa Rica), el Juez Administrativo Supremo, que es la Sala Político-Administrativa, no está habilitado para anular lo que constituye la típica actividad normativa de la Administración, como son los reglamentos, cuando éstos están afectados de un vicio de inconstitucionalidad. Esta función está reservada al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. La Sala Político-Administrativa por previsión constitucional y legal, sólo puede pronunciarse acerca de la ilegalidad del acto reglamentando.

En efecto, dispone el artículo 215 ordinal 6º de la Constitución de la República que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

"...Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de esta Constitución".

Y el artículo 42 ordinal 4º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece que es competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

4º Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos de efectos generales del Poder Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución".

Pero, la mutilación conceptual de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana se patentiza de manera más aguda y paradójica, en las competencias atribuidas a los órganos inferiores de esa jurisdicción, cuando observamos que ninguno, óigase bien, *ningún* órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa (a excepción de la Sala Político-Administrativa) está facultado para anular por inconstitucionalidad los actos administrativos emanados de las autoridades cuyo control les corresponde, ni siquiera los actos individuales de la Administración. Esta

labor está encomendada por el legislador a la Sala Político-Administrativa según lo establecen los artículos 181 y 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual, al establecer las competencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y de los Tribunales Supcriores Regionales en lo Civil y Contencioso-Administrativo, dispone que: “..Cuando la acción o el recurso se funde en razones de inconstitucionalidad, el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia...”

De modo que, por voluntad del constituyente primero y luego del legislador ordinario, en Venezuela existe un control de la constitucionalidad de los actos administrativos concentrado, ejercido monopólicamente por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena cuando se trata de los actos administrativos normativos, o en Sala Político administrativa cuando se trata de los actos individuales de la Administración.

El resto de los órganos de la jurisdicción, los jueces administrativos, sólo son jueces constitucionales por vía de excepción y no de acción, como lo es cualquier juez de la República, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

"Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia."

De manera que el juez administrativo puede desaplicar, en un caso concreto que le toque decidir, la norma legal, más no la puede anular.

Por consiguiente, si retomamos la acepción de juez constitucional a que alude el Profesor Moderne en su ponencia, podemos concluir entonces que, lamentablemente, en Venezuela el juez administrativo es un juez constitucional.

Ahora bien, cuál es la explicación de esta anomalía, si se quiere, en nuestro sistema contencioso-administrativo?

Yo la encuentro en lo siguiente:

En todo ordenamiento jurídico, las reglas que rigen la actividad del Estado, y de la sociedad en general, obedecen a circunstancias históricas, a



situaciones propias y características del medio que están destinadas a regular.

Nuestro sistema no es una excepción a ese postulado- así como en Francia fueron determinados hechos históricos (la interpretación rigurosa del principio de separación de poderes, el dogma de la ley de origen revolucionario, la desconfianza hacia los parlamentos del antiguo régimen), el origen y la razón de ser de su peculiar sistema jurídico de dualidad de jurisdicción, así en Venezuela hay dos hechos históricos relevantes que han marcado el nacimiento, desarrollo y evolución de nuestras instituciones jurídicas- el movimiento independentista que comenzó en 1811 y la guerra federal que culminó en 1864.

No es, por supuesto, la ocasión para entrar a reseñar los cambios profundos que esos hechos históricos significaron en el acontecer venezolano. Baste indicar que, en el orden judicial, ya nuestro Estatuto jurídico primario del 21 de diciembre de 1811, instituyó un tribunal supremo garante de la constitucionalidad establecida. Es decir, que tanto el principio de supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias (“será absolutamente nula y de ningún valor toda ley contraria a los derechos proclamados en la Constitución que se expidan por las legislaturas federal o provincial”) así como el de la Corte Suprema de Justicia en la cúspide del Poder Judicial (ambos tomados del derecho norteamericano) existían en nuestro derecho desde su proclamación como estado independiente. Asimismo, fue la razón histórica de la instauración del régimen federal en Venezuela, la que dio origen a varios institutos jurídicos que inciden en nuestro actual sistema contencioso-administrativo, entre ellos, el haber atribuido un fuero especial a la República reservado a la Corte Suprema de Justicia (Alta Corte Federal para la época).

Pues bien, siendo éste el sistema imperante a lo largo de la historia, es comprensible entender que cuando en 1976 el proyectista de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, (los integrantes del supremo tribunal para entonces) se planteó la necesidad de crear la jurisdicción contencioso-administrativa con la intención de desconcentrar la sobrecargada actividad del único órgano del contencioso-administrativo general u ordinario existente para la época (la Sala Político-Administrativa), así como descentralizar la justicia administrativa acercándola a los

particulares, lo haya hecho timidamente, sin desprenderse en forma total, sino parcial, de las potestades de control sobre la administración que venía ejerciendo hasta esa fecha, creando así una estructura organizativa provisional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a título de ensayo, a fin de verificar su cabal desarrollo y en la espera del texto que regulará definitivamente la jurisdicción, previsto en la Constitución.

Lo narrado sirve quizás para explicar el mantenimiento en la Ley Orgánica en la Corte Suprema de Justicia del control de constitucionalidad de los actos de efectos particulares de la administración en cabeza de la Sala Político-Administrativa, sea quien fuere el autor del acto administrativo cuya nulidad se demanda, lo cual se traduce en desmedro de una jurisdicción contencioso-administrativa "plena" y no "mutilada" como lo es, sin duda.

Ahora, respecto a la circunstancia de que el control de la constitucionalidad de los actos normativos (reglamentos), de la Administración está reservado en exclusividad a la jurisdicción constitucional (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia) y no al órgano máximo de la jurisdicción contencioso-administrativa (Sala Político-Administrativa) como sucede en España, por ejemplo, creo que sobre eso la explicación que cabe es muy sencilla- el constituyente venezolano tomó abiertamente partido por la tesis doctrinaria que postula los reglamentos como actos legislativos desde el punto de vista material y no actos administrativos, como opina mayoritariamente la doctrina administrativa desde la óptica orgánica y funcional.

En todo caso, esta es la situación que tenemos. Pero no desearía terminar mi intervención dejando una sensación de desaliento en la audiencia que me escucha. Creo sinceramente que existen signos alentadores para mejorar el estado actual de nuestra jurisdicción.

El primer elemento promisorio es el hecho de reconocer pública y abiertamente lo que hemos dicho esta tarde: que nuestra jurisdicción contencioso-administrativa carece de normas atributivas de competencias que la convierta en una jurisdicción plena, permitiéndole controlar tanto la legalidad como la constitucionalidad de los actos administrativos, sean de efectos generales o particulares, y emanados de cualquier autoridad administrativa.



En segundo lugar, debemos recordar que está en marcha un proceso de reforma constitucional y, por esta vía, es posible introducir las reformas pertinentes en el ámbito de las competencias de la Sala Político-Administrativa, aunado al hecho de que también se va a producir -al menos confiamos en ello- una reforma de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se concretarían algunos de los puntos que hemos mencionado, ante la ausencia tan prolongada - y en la cual aparentemente nadie piensa- de la ley que regule definitivamente la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y por último, no podemos dejar tampoco de mencionar como factor positivo, el papel relevante de la jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y particularmente de la Sala Político-Administrativa, en aras del fortalecimiento de las garantías jurídicas de los administrados, mediante un control efectivo de la actividad de la Administración Pública obligándola a someterse estrictamente al principio constitucional de la legalidad (Bloque de legalidad). En ese sentido de extensión del control sobre la Administración ha interpretado la Sala Político-Administrativa -aún antes de la sanción de su ley orgánica- que la expresión contenida en el artículo 206 de la Constitución al atribuir competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para anular los actos administrativos “contrarios a derecho”, que esa “contrariedad al derecho” envuelve tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad del acto.

También ha interpretado favorablemente la Sala -en cuanto al tema que nos ocupa- diversas disposiciones legales como la contenida en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte que alude a los casos de perenciones y desistimientos los cuales no proceden si se violan normas de orden público y la Sala entiende como tales, primordialmente, los consagrados en el texto constitucional.

De modo que debo concluir siendo optimista, confiando en que en las “II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo” podamos decir que hemos logrado ajustar nuestro sistema contencioso-administrativo a los términos que propician las corrientes más avanzadas.

**EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
COMO JUEZ CONSTITUCIONAL**



**EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
COMO JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Por Gerardo Fernández Villegas
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad
Central de Venezuela**

**I.
PRELIMINARES**

Se nos ha solicitado comentar el tema del Juez Contencioso Administrativo como Juez Constitucional en el contexto venezolano, en el marco de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo en honor al Prof. Allan R. Brewer-Carias.

Los comentarios que aquí expresamos, se sitúan además en el marco de la conferencia que sobre el tema presenta el Prof. Frank Moderne de la Universidad de París. Estamos conscientes de la dificultad que debe existir para cualquiera de la escuela francesa en asumir un tema de esta naturaleza, ya que en Francia se parte de un esquema muy rígido y de separación absoluta entre la justicia constitucional y la justicia contencioso administrativo. Así como en Francia, en el resto de Europa, se ha hecho un esfuerzo importante para dividir y especializar el control judicial de la Constitución del control contencioso administrativo.

En Europa la justicia constitucional adquiere importancia una vez que se rompe con el principio básico de que la Ley es una expresión directa y legítima de la soberanía del pueblo y, por lo tanto, no podía ser controlada. Sin embargo, superado este principio, la rigidez del sistema subsiste estableciéndose un plano constitucional y un plano de la legalidad. Es por ello, que en un sistema rígido resulta tremendamente difícil ubicar al Juez contencioso administrativo asumiendo un rol en el ámbito de la justicia constitucional.

Nuestro objetivo será demostrar como nuestro sistema de justicia constitucional es uno de los sistemas más completos y democráticos, por la facilidad del acceso y la diversidad de órganos a quienes se les atribuye el control de la constitucionalidad. En tal sentido, veremos como un Juez Contencioso Administrativo puede y tiene el deber, no sólo de asumir el control de los actos de la administración con respecto al plano de la legalidad, sino que el Juez Contencioso Administrativo asume la justicia constitucional y controla los actos de la administración con respecto a la Constitución. Determinaremos el rol del Juez Contencioso Administrativo en el plano constitucional y el alcance de dicha facultad.

En tal sentido, en estos comentarios a la Conferencia del Profesor Moderne, abordaremos un plan en dos partes: en primer lugar, trataremos de establecer cuales son los órganos encargados de asumir la justicia constitucional. Para ello, presentaremos el sistema donde la justicia constitucional es asumida por un órgano único especializado que asume el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. También comentaremos el sistema de justicia constitucional ejercido por diversos órganos, a través de un control difuso de la constitucionalidad y, por último, trataremos el sistema mixto, donde existen varios mecanismos de control constitucional, tanto concentrado que asumen uno o varios tribunales, como los mecanismos de control difuso ejercido por todos los tribunales.

En una segunda parte, analizaremos los mecanismos existentes para que el Juez Contencioso Administrativo ejerce la justicia constitucional. En tal sentido, haremos un análisis de los mecanismo directos de control como de los mecanismos de control difuso.

II. LOS ORGANOS ENCARGADOS DE ASUMIR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. La justicia constitucional asumida por un órgano único especializado

El modelo europeo de justicia constitucional, no existiría sin la presencia del maestro Kelsen. Por su obra doctrinaria y por su proyecto de Cons-



titución austriaca del año 1920, el Prof. Kelsen nos da a conocer un nuevo modelo de contencioso constitucional diferente al hasta ahora conocido en los Estados Unidos de América.

Este modelo austriaco, parte de la existencia de un Tribunal especialmente constituido a los efectos de asumir el contencioso constitucional, a través de una acción directa ejercida por autoridades públicas o jurisdiccionales, y en algunos casos por particulares, produciéndose decisiones que generan cosa juzgada absoluta. Así, el modelo europeo se construye sobre la existencia de un sólo órgano judicial encargado de manera exclusiva de controlar que las leyes estén en armonía con la Constitución. Se establece un control concentrado: una acción directa cuya pretensión es el control de la constitucionalidad y, si fuera el caso, declarar con efecto “generales” la nulidad de la norma que vulnera el texto constitucional.

El fundamento de este mecanismo de control, se establece sobre una base netamente técnica, que respondía a la idea de que la legislación estaba subordinada a la Constitución de manera absoluta, como la justicia y la administración lo estaban a la legislación. Igualmente, en los términos del Decano Hauriou, invocando razones de orden institucional y políticas, señalaba en 1929 (Précis, II Edición, pág. 636): “nos damos cuenta de la necesidad de controlar los Parlamentos por que su legislación, movida por las pasiones electorales, puede constituirse en una amenaza para la libertad”.

Bajo esta concepción, el modelo francés crea un órgano único especializado llamado a ejercer el contencioso constitucional. En tal sentido, la Constitución de la Quinta República crea la figura del Consejo Constitucional, estatuyendo por primera vez un verdadero mecanismo eficaz de control de la constitucionalidad de las leyes. El Consejo Constitucional está conformado por dos categorías de miembros, los miembros designados y los miembros de derecho. Los miembros designados son nombrados a razón de tres por el propio Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado, con un mandato a nueve años no renovables. La segunda categoría de miembros, a saber, los miembros de derecho, son los ex Presidentes de la República, quienes son designados a vida en dicho Consejo Constitucional. El Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República y en caso de empate tendrá doble voto.

El Consejo Constitucional francés, como órgano especializado para asumir la justicia constitucional, tiene dentro de sus funciones más importantes el velar por la regularidad de las operaciones producto de un referéndum, y asume el contencioso electoral de las elecciones parlamentarias y presidenciales. Igualmente, el Consejo Constitucional es llamado para dar su opinión cuando el Presidente de la República asume el poder de crisis previsto en el artículo 16 de la Constitución y tiene atribuido el control de la constitucionalidad de los reglamentos interiores de las Asambleas Parlamentarias. Como misión esencial, el Consejo Constitucional ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes antes de ser promulgadas, a solicitud de determinadas autoridades públicas, entre ellas, sesenta Diputados o Senadores, el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

De conformidad con el artículo 61 de la Constitución francesa, las leyes orgánicas, antes de su promulgación, así como los reglamentos de las asambleas parlamentarias deben ser sometidos obligatoriamente al Consejo Constitucional, quien se pronuncia sobre su conformidad a la Constitución.

Una disposición declarada inconstitucional, no puede ser promulgada ni puede entrar en vigencia. Como vemos, el modelo francés de justicia constitucional, se sitúa dentro del clásico modelo europeo que consagra la existencia de un sólo órgano judicial encargado de manera exclusiva del contencioso constitucional, con mecanismos de control "a priori" y limitada la acción de inconstitucionalidad a ciertas autoridades políticas.

2. La justicia constitucional asumida por órganos diversos.

Frente al modelo de justicia constitucional descrito anteriormente, tenemos el sistema que permite a todos los Tribunales conocer de la inconstitucionalidad de las leyes y decidir su inaplicación al caso concreto, gracias a un mecanismo de control difuso, el cual encuentra su desarrollo más importante en los Estados Unidos de América.

Dicho sistema consiste en controlar la constitucionalidad de las leyes partiendo de un litigio en concreto. Se produce el control de las leyes, cuya



aplicación solicitan las partes, cuando la cuestión de inconstitucionalidad es importante para el caso y deba ser decidida en la sentencia que resuelve dicho conflicto.

La característica fundamental es que son muchos y diversos los tribunales que asumen la justicia constitucional, bajo un método indirecto, incidental, de control de la constitucionalidad de las normas.

En los Estados Unidos de América, el control de la constitucionalidad es ejercido por los Tribunales de derecho común y no por una jurisdicción especial como en los países europeos. Esos tribunales están organizados siguiendo el principio de la unidad de la jurisdicción, en consecuencia, son los mismos jueces ordinarios que aprecian la constitucionalidad de todas las manifestaciones del poder público, entre ellas, las leyes, los actos administrativos y las decisiones dictadas por la jurisdicción de rango inferior. El sistema norteamericano federal establece la existencia de cortes inferiores o de primera instancia que denominamos las Cortes de Distrito y, en segunda instancia, las cortes de apelación, las cuales, en principio, estarían encargadas de asumir la justicia constitucional incidental. En la cumbre del poder judicial federal, está la Corte Suprema que está llamada a casar o a reformar las decisiones de las cortes inferiores, y es la que tiene la última palabra en materia jurisprudencial constitucional, ya que tiene la atribución de decidir definitivamente sobre todas las controversias relativas a la conformidad de una norma a la constitución federal.

Igualmente, en los Estados miembros de la unión existe un control de la conformidad de la legislación interna con relación a la Constitución del Estado. Este control de la constitucionalidad es asumido por los tribunales del propio Estado miembro de la federación.

En los Estados Unidos de América, el control de la constitucionalidad es asumido a través de tres métodos esenciales, en primer lugar, la excepción de inconstitucionalidad que procede cuando en el curso de un procedimiento, a un sujeto de derecho se le pretende imputar la violación de una determinada disposición legal y, en ese caso, por vía de excepción, dicho sujeto de derecho puede alegar la inconstitucionalidad de esta ley. En tal supuesto, el Juez debe pronunciarse sobre ello y, si fuera el caso, declara la ley inaplicable al asunto en concreto.

También existe el procedimiento de la "Injunction", que procede cuando un sujeto de derecho estima que la aplicación de una ley pudiera eventualmente lesionar su esfera de derechos e intereses legítimos, porque la misma es contraria a la Constitución. En tal sentido, puede solicitar al Juez que se dirija a los funcionarios para que suspendan la aplicación de dicha ley, visto que la misma vulnera la Constitución.

Por último, existe un procedimiento mero declarativo que se utiliza cuando dos partes públicas o privadas están en desacuerdo sobre sus derechos y obligaciones respectivas y una de ellas plantea la constitucionalidad de una ley que determina sus derechos u obligaciones. Dicho procedimiento declaratorio lo que hace es esclarecer a las partes sobre su situación jurídica respectiva, a fin de evitar un posterior contencioso.

3. Sistema mixto

Existen países como Venezuela, donde se unen los dos mecanismos antes descritos y son varios los Tribunales que pueden asumir la justicia constitucional. En este sistema, no se le atribuye a un sólo Tribunal el monopolio de la justicia constitucional. Son varios los Tribunales que pueden asumir el control de la constitucionalidad a través de dos métodos, el método del control difuso y a través del mecanismo concentrado. Es un sistema complejo y completo más cercano y más democrático, y evidentemente contrapuesto a los sistemas anteriores.

A través de un control difuso de la constitucionalidad, todos los tribunales pudieran estar llamados a asumir la justicia constitucional y, a través de un mecanismo concentrado que asume uno o varios tribunales especializados, se puede igualmente asumir el control de la constitucionalidad de los actos emanados del Poder Público.

En Venezuela, existe un control directo o concentrado asumido por la Corte Suprema de Justicia, tanto en Sala Plena (conformada por quince Magistrados de las tres Salas que conforman dicha Corte) como en Sala Político-Administrativa (conformada por cinco Magistrados especializados en los asuntos contencioso-administrativo).

Así mismo, existe el control difuso de la constitucionalidad asumido por todos los Tribunales, a través de dos mecanismos: el primero, consagrado



en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil que establece expresamente que cuando una ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia. El segundo, establecido en el artículo 49 de la Constitución que consagra la acción de amparo constitucional y de la cual conocen los tribunales de primera instancia, o que conozcan en primera instancia, que tengan competencia a fin con el derecho constitucional que se pretende vulnerado, y que tendrá como efecto suspender la aplicación de la norma o del acto al caso concreto, procurando así el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida a través de un procedimiento breve, sumario y eficaz.

Como vemos, en el sistema venezolano existe una amplitud y una democratización importante de la justicia constitucional.

Ello tiene explicaciones de orden histórico que serían importantes señalar.

Desde nuestra primera Constitución de 1811, se establecía la posibilidad de un control judicial en caso de que una ley fuera contraria a la Constitución. En tal sentido, el artículo 227 de dicho texto constitucional establecía que “toda ley contraria a la Constitución no tiene ningún valor”, con lo cual se estaba consagrando el principio básico de supremacía de la Constitución. Igualmente, el artículo 199 consagraba que “la ley contraria a la Constitución será nula y sin ningún valor”.

Partiendo de esa base, en los artículos 115 y 116 de la Constitución del año 1811, se le otorgaba al Poder Judicial de la Confederación, a saber, la Suprema Corte de Justicia, la posibilidad de asumir el control judicial de constitucionalidad de las leyes a través de un mecanismo concentrado.

Igualmente, en el artículo 124 de dicha Constitución de 1811, se establece una suerte de control político al consagrar que “Las leyes de las provincias se someten a un control a priori por parte del Congreso”.

En la Constitución de 1858, en el artículo 113 ordinal 8º, cuando se establecen las competencias de la Corte Suprema, se le atribuye la posibilidad “de declarar la nulidad de todos los actos legislativos provinciales a peti-

ción de cualquier ciudadano cuando sean contrarios a la Constitución". Así, se establece un mecanismo novedoso de acción popular permitiendo a cualquier ciudadano recurrir ante la Corte Suprema, a fin de que se declare la nulidad de los actos legislativos provinciales que sean contrarios a la Constitución. Es más tarde, cuando de manera progresiva se desarrolla el control con respecto a los actos nacionales, estatales y municipales.

Por otra parte, los mecanismos de control difuso se establecen en nuestro ordenamiento jurídico desde el Código de Procedimiento Civil de 1897, el cual se repite en 1917, y actualmente en el Código de 1982, cuando el artículo 20 consagra, tal como lo hemos expuesto anteriormente, la posibilidad de desaplicar incidentalmente en el curso de un proceso una norma inconstitucional al caso concreto.

Como vemos, en Venezuela existe un sistema mixto, amplio, completo y por demás democrático. Ello evidentemente, dada su complejidad y su amplitud lo hace completamente diferente al modelo europeo y al modelo norteamericano antes analizado.

III. LOS MECANISMOS EXISTENTES PARA QUE EL JUEZ CONTENCIOSO ASUMA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Nos toca establecer a continuación, como el Juez contencioso administrativo en Venezuela puede asumir la justicia constitucional. En tal sentido, determinaremos cuales son los mecanismos para que el Juez contencioso controle la constitucionalidad de los actos y asuma su rol como Juez Constitucional.

1. Mecanismos directos

De conformidad con los artículos 215 de la Constitución y 42 de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, asume el control, con respecto a la Constitución, de las leyes nacionales, estatales (entre ellas la propia Constitución del Estado



miembro de la federación), de las ordenanzas, de los actos de efectos generales emanados del Congreso y de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Legislativas y de los Concejos Municipales. Igualmente, asume el control, con respecto a la Constitución, de los reglamentos y de los demás actos de efectos generales emanados del Ejecutivo Nacional.

Como vemos, se le otorga a un juez no especializado el control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos importantes emanados de los órganos del Poder Público antes mencionados. La Sala Plena, constituye el Máximo Tribunal de la República y reúne a los quince Magistrados de cada una de las Salas que integran la Corte Suprema de Justicia. Dicha Sala Plena, en principio, no es un órgano especializado que ejerce el monopolio del control de la constitucionalidad. Es un órgano ordinario de justicia, que tiene atribuido el control con respecto a la Constitución de los actos más importantes emanados de los órganos del Poder Público.

Igualmente, de conformidad con el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la Sala Político-Administrativa de dicha Corte Suprema de Justicia, ejercer por vía de control directo o concentrado la justicia constitucional en determinados casos. De conformidad con los ordinales 10, 11 y 12 del artículo 42 antes citado, en concordancia con el 43 y el 181, todos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde conocer a dicha Sala de los recursos de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra los actos generales de otros órganos estatales distintos de los cuerpos legislativos nacionales, deliberantes de los Estados o Municipios o del Ejecutivo Nacional, tales como, los actos de efectos generales dictados por los órganos del Poder Judicial, por los Gobernadores de Estado y por los Institutos Autónomos y demás personas jurídicas de derecho público. Igualmente, asume el control con respecto a la Constitución, de los actos de efectos generales emanados de otros órganos estatales en ejercicio del Poder Público no comprendido anteriormente, tales como, los actos que emanan de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de la Judicatura, de la Contraloría general de la República y del Ministerio Público. Así mismo, asume el control con respecto a la Constitución, de los actos administrativos individuales emanados del Poder Ejecutivo Nacional y, por último, de los actos administrativos de efectos particulares emanados de autoridades estatales o municipales por razones de inconstitucionalidad.

Es importante señalar, que un juez especializado en el ámbito contencioso administrativo, como es la Sala Político-Administrativa, asume un rol importante en el ámbito de la justicia constitucional. En Venezuela, un juez que en principio es contencioso administrativo lleva a cabo una gran actividad en el ámbito del contencioso constitucional, con lo cual se evidencia la injerencia importante que tiene el Juez contencioso-administrativo en los mecanismos de control de la Constitución.

2. Mecanismos indirectos.

Uno de los mecanismos más importantes de control difuso de la constitucionalidad aplicados en este momento en Venezuela, lo constituye la acción de amparo constitucional consagrada en el artículo 49 de nuestro texto fundamental. Así, los jueces contencioso-administrativos tienen la obligación de conocer de acciones de amparo constitucional cuando se denuncia la vulneración a un derecho constitucional, que sea afin con la competencia que tienen atribuidos los tribunales contencioso administrativo.

El objeto del amparo constitucional, es el restablecimiento de situaciones jurídicas infringidas por violación a derechos constitucionales; partiendo de esa base, es evidente que el ejercicio de una acción de esta naturaleza lo que pretende es controlar el acto específico denunciado como lesivo con respecto a la Constitución, a través de un mecanismo indirecto que procura el restablecimiento inmediato de dicha situación jurídica infringida, gracias a un procedimiento breve, sumario y eficaz.

El juez contencioso administrativo conoce de acciones de amparo autónomas y de acciones de amparo ejercidas conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad por razones de ilegalidad. Todo ello conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

El amparo autónomo constituye una pretensión suficiente a fin de obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida por violación a derechos constitucionales. Así, el Juez contencioso administrativo puede conocer de acciones autónomas de amparo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Cons-



titucionales, y en virtud de la competencia que les está expresamente establecida en los artículos 7 y 8 de dicha ley. En efecto, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo establece los principios generales atributivos de la competencia en materia de amparo, estableciendo que conocerán de los amparos constitucionales los tribunales de primera instancia, o que conozcan en primera instancia, que tengan competencia afin con el derecho a las garantías constitucionales denunciados como vulnerados, en el lugar donde ocurrió el acto, hecho u omisión que justifica la acción de amparo en concreto. Así, los Jueces Superiores de lo Contencioso Administrativo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Contencioso Administrativos Especiales (Agrario, Tributario, Carrera Administrativa, entre otros), y la Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, tendrán atribuida competencia para conocer de amparos autónomos, cuando el derecho denunciado como vulnerado tenga afinidad con la competencia que le está atribuida a dichos Tribunales Contencioso Administrativo y de acuerdo al órgano público de donde emana la lesión que justifica la acción de amparo en concreto, todo ello de acuerdo a las reglas de competencia entre dichos tribunales que establece la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, tiene competencia para asumir el conocimiento de amparos autónomos de acuerdo al artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual consagra un fuero especial para los actos, hechos u omisiones emanadas de determinadas autoridades nacionales-constitucionales que pudieran vulnerar derechos constitucionales. En tal sentido, cuando se denuncia la vulneración a un derecho de naturaleza política y administrativa, será la propia Sala Político-Administrativa la que tenga que asumir el control difuso de la constitucionalidad por vía de amparo constitucional, visto que se denuncia como agente transgresor una autoridad nacional de rango constitucional, entre las cuales se encuentran, el Presidente de la República, los Ministros, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, entre otros.

Pero también el Juez Contencioso Administrativo conocerá de acciones de amparo, en los términos del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuando el mismo es ejerci-

do conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad invocando razones de ilegalidad. En este caso, es posible acumular a la acción principal de nulidad un amparo constitucional que constituye una verdadera cautela dentro del juicio de nulidad. La acción de amparo, en consecuencia, se constituye en una acción subordinada, accesoria a la principal que es el recurso de nulidad.

En este caso, el tribunal competente es el competente para conocer del recurso de nulidad y el amparo constitucional es decidido en una etapa previa, que pretende restablecer la situación jurídica infringida, por vía de cautela, mientras dura el contencioso de nulidad. Los efectos, en este caso son cautelares, provisorios, restablecedores plenos de la situación jurídica infringida y el Juez puede declarar con lugar la acción de amparo cuando evidencia presunción grave de violación de un derecho constitucional.

De acuerdo a las reglas de competencia en materia contencioso administrativa, tenemos que todos los jueces contenciosos administrativos tienen competencia para conocer de amparos constitucionales, como mecanismos de control difuso de la constitucionalidad, cuando a los recursos de nulidad se les acumula dicha acción cautelar.

Igualmente debemos señalar, que cuando se intenta un recurso por abstención, de conformidad con el ordinal 23 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al mismo se le pudiera acumular, en los términos del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, un amparo constitucional, el cual procura igualmente efectos cautelares provisorios mientras dura el juicio por abstención. En este caso, igualmente, el Juez contencioso administrativo estaría llamado a asumir el control difuso de la Constitución a través de la figura del amparo conjunto con el recurso por abstención.

Por último, de conformidad con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, se faculta al juez contencioso administrativo para asumir un control difuso de la constitucionalidad por vía de desaplicación de normas. En efecto, de acuerdo a dicha norma, cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiera con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.



IV. CONCLUSIONES

Estas han sido las reflexiones que nos merece el tema propuesto sobre el rol del Juez Contencioso Administrativo como Juez Constitucional. Los anteriores comentarios, los hemos hecho dentro del contexto venezolano, para demostrar el importante rol que ejerce el Juez Contencioso Administrativo como Juez Constitucional en nuestro país.

Hemos situado nuestros comentarios en el contexto de la Conferencia del Prof. Frank Moderne y, en tal sentido, hemos tratado de confrontar nuestro sistema con el modelo europeo, en específico el francés, y el norteamericano.

En Venezuela, es amplio el rol que asume el Juez Contencioso Administrativo en el ámbito de la justicia constitucional, tal como lo hemos demostrado a lo largo de estas reflexiones y comentarios. En nuestro país, el Juez Contencioso Administrativo se puede convertir en un verdadero Juez Constitucional, el cual a través de diferentes mecanismos, tanto de control directo o concentrado como de control difuso o indirecto, está llamado a ejercer la justicia constitucional y controlar los actos del Poder Público con respecto a la Constitución.

Nuestro sistema es un sistema completo, democrático, de fácil acceso con diversos y variados mecanismos para asegurar la constitucionalidad de los actos del Poder Público. Por ello, debemos estar orgullosos de contar con uno de los sistemas más completos y democráticos para el control de la constitucionalidad de los órganos del Poder Público.

**EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Y LA PROTECCION DE LOS
DERECHOS HUMANOS**



**"LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA"**

**Por Rodolfo Piza Escalante
Magistrado de la Sala Constitucional de la
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

El tema que se me ha asignado, "*La Protección de los Derechos Fundamentales en el Contencioso-Administrativo*", y que yo me permito re-bautizar, "*La Protección de los Derechos Fundamentales en la Justicia Administrativa*", por razones que explicaré en su momento, me causa no solamente el señalado honor de hacerlo, en homenaje a Allan Randolph Brewer-Carías, Maestro del Derecho Público Venezolano y del Derecho Iberoamericano; él para mí, mi mas viejo amigo venezolano, yo para él, su amigo más viejo de Costa Rica, porque así, me presentó en una oportunidad; también, me da la oportunidad, de poder dedicarles algunas reflexiones sobre una de las muchas diversiones del Derecho Administrativo Constitucional contemporáneo, en que nuestros caminos han venido convergiendo, curiosa y progresivamente, tema en el cual, además ahora, nos acompaña, otro no tan viejo, pero ya también viejo amigo, el Francés pero casi Iberoamericano Frank Moderne, que acaba de exponer ayer, el tema de "*El Juez Contencioso-Administrativo como Juez Constitucional*", en verdad, hablar de que, ser Juez Contencioso-Administrativo, es un modo de ser Juez Constitucional, significa al cabo, señalar la última *ratio* de lo que a mí me toca desenredar, o que quizás, termine por enredarlo más, la consideración de la justicia administrativa y contencioso-administrativa como tal, y como eventual participe de la justicia constitucional en función de garantía de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, sino por otra cosa, porque en el Estado Democrático de Derecho, éste y su justicia, que es su instrumento, o sirven para garantizar los derechos e intereses de las personas, súbditos, administrados, individuos, comunidades o simplemente, no sirven para nada, sobretodo, para quienes creemos con la expresión rotunda y siempre actual de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que "*una sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada -y agrega- ni la*

separación de los poderes determinada, no tiene del todo Constitución", y subrayo, porque generalmente, cuando traduce al español se dice "no tienen Constitución", pero en francés es, "*n'ont pas tout à-fait de Constitution*".

Así planteado el tema, me reclama algunas consideraciones introductoras, sobre tres conceptos:

Por una parte, el concepto de "*Derechos y Libertades Fundamentales*"; por otra, sobre el concepto de "*Justicia Administrativa y Contencioso-Administrativa*"; y sobre, el "*Estado de Derecho*".

Tengo que hacer dos advertencias preliminares más:

En primer lugar, entiendo que se me invite y que tenga interés lo que yo pueda decir, en la medida en que pueda dar alguna cuenta de las peculiaridades del sistema, del sistema constitucional y del ordenamiento administrativo de mi país, de Costa Rica, por lo menos, es el que mejor conozco, es un buen material de laboratorio, porque presente al lado de grandes adelantos, también paradójicos retrasos de un estilo que yo llamaría típicamente tercer mundista, y la segunda advertencia es que aunque yo he dedicado, muchos años de mi vida al Derecho Administrativo, en los últimos quince he cambiado un poco de sombrero, digo un poco, porque es solo aparente, al haber estado nueve años en la Corte Interamericana de Derechos Humanos con Pedro Nikken y ahora al estar ocupando un cargo en la Sala Constitucional en mi país.

No puedo evitar pues, entonces, cierta deformación, producida por mi incursión en el Derecho de los Derechos Humanos, y en el Derecho de la Constitución y voy a aprovechar para aclarar estos dos conceptos, porque los empleo intencionalmente:

En primer lugar, hablo del "*Derecho de los Derechos Humanos*" y no del Derecho Nacional o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque hace muchos años, vengo predicando la tesis de que se da entre ambos ordenamientos el Internacional y el Interno, en esta materia, una permanente simbiosis, que casi nos lleva a hablar hoy, de una especie de Derecho Transnacional de los Derechos Humanos, si le quitamos a



“Transnacional” la connotación peyorativa; y, en segundo lugar, hablo de “*Derecho de la Constitución*” y no de Constitución por dos razones:

En primer lugar, porque la expresión “*Derecho de la Constitución*”, me permite distinguir el Derecho de su fuente, la Constitución es la fuente principal y por cierto que no única, del “*Derecho de la Constitución*”, entonces cuando digo “*Derecho de la Constitución*” aludo en primer lugar, a las normas que se derivan de los preceptos, de los principios y de los valores de la Constitución; en segundo lugar, al Derecho que se deriva de los preceptos, principios y valores del Derecho Internacional, aplicable al ordenamiento interno, porque cada día más, el ordenamiento interno y el internacional se integran, ya no sólo en el campo de los Derechos Humanos, y creo que hoy, hay que afirmar, que la soberanía, ya no es la “*soberanía bodeana*”, sino simplemente, un poder originario, en la medida en que está reconocido, autorizado y legitimado por el Derecho Internacional.

Algunas puntualizaciones, sobre lo que quiero decir, cuando hablo de “*Estado Democrático de Derecho*”, aunque me parece que es bastante clara la expresión, aludo al “*Estado Democrático de Derecho*”, aquel que se desarrolla progresivamente en aquel sistema de formalización de contenidos o de estructuración de contenidos contingentes, que se da a partir del Estado Moderno, sobretudo, a partir de las dos grandes revoluciones del Siglo XVIII, la Norteamericana y la Francesa, y que se enriquece hasta nuestros días, con los aportes, digámosle, sociales, que se dan en la segunda mitad del Siglo XIX y primeros años del Siglo XX, y después del término de la Segunda Guerra Mundial, con la transformación revolucionaria, que sufre el Derecho Internacional en todos los campos, pero sobretudo, en el campo de los Derechos Fundamentales de la persona, que el Derecho Internacional reclama y hace suyos, de manera que, en esta materia, desaparece, después de la Segunda Guerra Mundial, el dominio exclusivo de los Estados sobre sus relaciones con sus propios súbditos.

Ese “*Estado Democrático de Derecho*”, me lleva a mi a señalar un fenómeno que se da en sub-desarrollo, es el desarrollo simultáneo de tres conceptos, que son absolutamente interdependientes, al extremo de que no se puede explicar uno sin el otro: Democracia, el Estado de Derecho y el Reconocimiento de la Dignidad, Derechos y Libertades Fundamentales de

la Persona Humana, hasta el punto de que la Democracia, no se puede entender sin el Estado de Derecho y sin los Derechos Fundamentales; el Estado de Derecho, no se puede entender sin la Democracia, y sin los Derechos Fundamentales; y los Derechos Fundamentales, no se pueden entender, sin la Democracia y sin el Estado de Derecho.

La Democracia misma, que tiene, digámoslo así, el significado etimológico, del poder popular, sin embargo, en el Estado de Derecho, se define, y a mi me gusta repetirlo, precisamente, como la sustitución de la voluntad subjetiva del Gobernante, por la racionalidad objetiva de la Ley, o sea, por la supremacía del Derecho sobre toda otra consideración de interés o de fin público.

En segundo lugar, el concepto que he escogido de "Justicia Administrativa" utilizo la expresión de "Justicia Administrativa" en un sentido comprensivo de todas las formas de actuación del Derecho de la Administración, ya se den en el ejercicio de la función jurisdiccional o ya se den en la Administración formal, porque cada día más, hay una etapa por lo menos en la actuación de la Administración que tiene por objeto solamente el Derecho y que se da por órganos tentativamente imparciales, independientes de la Administración activa y utilizo con ésto, una definición, un poco más amplia de "jurisdicción" como la que proponía el Maestro Carnelutti.

En cambio, reservo el nombre de "Justicia Contencioso-Administrativa" y todavía digo "Justicia Contencioso-Administrativa" a esa misma actuación del Derecho de la Administración en cuanto se da en ejercicio de la función jurisdiccional, pero por la jurisdicción común, es decir, por todos los órganos llamados a administrar justicia, porque esta es otra cosa que ocurre, precisamente derivada del crecimiento extraordinario que ha tenido la Administración en este siglo.

Por ejemplo, en mi país, mediante una discutible y muy discutida interpretación dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, las demandas que son de Derecho Administrativo originadas en la relación de empleo público, se ventilan en la jurisdicción laboral, eso es un error enorme, pero en todo caso, es una realidad entonces, que nuestros Tribunales Laborales ejercen "Justicia Contencioso-Administrativa",



porque incluso, se dice en ese pronunciamiento de la Sala Primera, que pueden llegar a anular los actos administrativos contrarios a los derechos del servidor público.

De manera que, cuando yo hablo de “jurisdicción contencioso-administrativa” hago la distinción con la “justicia administrativa”, porque aquí, si hablo de la actuación del Derecho de la Administración por Tribunales contencioso-administrativos especializados, que ejercen función jurisdiccional, ya sea, encuadrados dentro del Poder Judicial, como ocurre en la mayor parte de nuestros países, ya sea encuadrado formalmente en la Administración o diría encuadrados orgánicamente en la Administración, pero nada más, como el Consejo de Estado Francés, que es un verdadero Tribunal de Justicia, aunque no pertenece a la rama judicial.

Finalmente, cuando me refiero a los Derechos Fundamentales, me interesa señalar que, o estos Derechos Fundamentales, son algo diferente de lo que es cualquier Derecho Subjetivo o no existen; en el campo internacional, los Derechos Fundamentales, se han desarrollado con el nombre de “Derechos Humanos”, pero la verdad es, que “Derechos Humanos” son todos los Derechos Subjetivos, puesto que todavía no conocemos otro sujeto de Derecho, que no sea el ser humano, entonces, la expresión “Derechos Humanos”, lo que quiere destacar, les digo, en el campo del Derecho Internacional, sobretodo, lo que quiere destacar, es su carácter de “fundamentales”, es decir, el hecho de que son Derechos Subjetivos, que se le atribuyen al ser humano como tal, a todos los seres humanos como tales y que se consideran esenciales, como diría la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “a la intrínseca dignidad del ser humano”, por lo tanto, que se reconocen como anteriores y superiores a toda autoridad, la autoridad no los crea, los descubre, la autoridad no los otorga, los reconoce y está obligada a reconocerlos, y esto tiene consecuencias importantísimas: la primera, que ya destacó el Maestro García de Enterría, es que frente a los Derechos Fundamentales no existe un apoderamiento general de la Administración o del Estado para gestionar los intereses públicos, la idea muy frecuente en nuestras sociedades, de que entre el interés público y el interés privado, debe prevalecer el interés público, no juega en materia de los Derechos Fundamentales, porque si jugara los Derechos Fundamentales dejarían de ser Fundamentales, dejarían de ser

esenciales, para que el ser humano sea ser humano, puesto que eso es lo que significa, la dignidad del hombre, por eso, los Derechos Fundamentales, les pertenece, como dije, a todos los seres humanos, también al delincuente, también al criminal, al joven, al viejo, a la mujer, al hombre, cualquiera que sea el color de su piel, cualquiera que sea su nacionalidad, cualquiera que sea su conducta y esto también quiere salir al paso, de algunas tendencias que existen y que se dan mucho en nuestra mente, de considerar que los Derechos Fundamentales tienen como condición el cumplimiento de ningún deber, el torturador tiene derecho a no ser torturado, el asesino tiene derecho a que no lo maten, y esto es, yo diría, la tragedia pero al mismo tiempo la grandeza que tiene todo este movimiento universal de los Derechos Humanos.

Quiero señalar, además que es necesario, insistir por lo menos, desde el punto de vista iberoamericano, que Derechos Fundamentales son todos, que Derechos Fundamentales, son los reconocidos y los no reconocidos en la Constitución, que son también los derivados, por ejemplo, de la norma de competencia de la Constitución, en la Sala Constitucional de Costa Rica, a la que pertenezco, hemos tenido, por ejemplo, la oportunidad de decir que el derecho a no pagar impuestos que no sean establecidos por ley formal, es un Derecho Fundamental, aunque en la Constitución Costarricense, no está establecido como tal, pero está establecida la competencia exclusiva del Poder Legislativo para imponerlos, entonces, son Derechos también fundamentales, los que resultan de las normas de competencia de la Constitución, y son Derechos Fundamentales, los que están consagrados solamente en la legislación común, pero que tienen la naturaleza de Derechos Fundamentales, en mi país, por ejemplo, los Derechos de la personalidad están en el Código Civil, pero nosotros no hemos tenido ningún inconveniente en ampararlos cada vez que se han intentado violar o que han sido violados.

También por ese medio, los Derechos Fundamentales, reconocidos en el orden internacional, penetran en el orden interno por propia autoridad, quiero decir, independientemente del valor formal que la Constitución le da al Derecho Internacional, en materia de Derechos Humanos, la cosa es diferente, Costa Rica, en una reforma que creó, precisamente, la Sala Constitucional y la nueva jurisdicción constitucional, se establecieron dos cosas completamente distintas:



Se reconoce en el artículo 7° de la Constitución, el valor superior a la Ley, pero no dice y se ha entendido que no superior a la Constitución, de los Tratados Internacionales, pero, en el artículo 48, al hablar del amparo y del habeas corpus, se reconoce los Derechos Fundamentales, consagrados en todos los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se utilizó expresamente la palabra “instrumentos” para que se entienda que incluso los no reconocidos de “tratados” para comenzar: la propia Declaración Universal, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, etc., forman parte del “Derecho de la Constitución” en mi país, es más, en una sentencia reciente, de la que voy a leer un pequeño párrafo, en una sentencia reciente, nuestra Sala declaró inconstitucional la colegiación obligatoria de los periodistas, se dice textualmente: “como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, priman sobre la Constitución”, lo cual significa ya, reconocer que inclusive existen frente al Constituyente, frente al propio Constituyente originario, normas péticas, normas intangibles, y que son precisamente, ese estándar mínimo de Derechos Fundamentales reconocidos o del orden internacional.

De paso, ya que mencioné esta sentencia, en ésta también, que supongo que Don Pedro la tiene muy presente, porque en esta sentencia también se dice, otra cosa muy importante, se dice que la Corte Interamericana, es el órgano llamado a interpretar la Convención Iberoamericana sobre Derechos Humanos, incluso sus opiniones consultivas obligan a Costa Rica y es una de las razones por las cuales se tomó la decisión con base en la opinión No. 5 de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional consideró que la Colegiación obligatoria de periodistas viola la libertad de expresión y de información.

El problema de la protección de los Derechos Fundamentales, en la justicia contencioso-administrativa o en la justicia administrativa, en general, a mi juicio plantean tres hipótesis, que deben considerarse por aparte:

En primer lugar, los Derechos Fundamentales, son precisamente por su misma naturaleza de Derechos, son Derechos o situaciones subjetivas del ser humano garantizadas por el ordenamiento jurídico, en esa medida

entran de lleno en la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos, en el Estado Democrático de Derecho, la jurisdicción o la justicia administrativa o contencioso-administrativa, no tiene por objeto garantizar la legalidad de la Administración por la legalidad, ni mucho menos tiene objeto reforzar el interés público defendido por la Administración y ya tiene suficientes defensores, en el Estado Democrático de Derecho, el Derecho Administrativo y la justicia administrativa son inminentemente vinculados a la protección de los derechos e intereses de los administrados, en otras palabras, la justicia administrativa no se justifica, en razón de la garantía de todos los derechos no sólo de los fundamentales, sino de la garantía de los derechos e intereses de los administrados, lo cual implica que al hablar de justicia administrativa o contencioso-administrativa, los derechos son el corazón, son el meollo de la definición, de su misma definición y por tanto los Derechos Fundamentales en la medida en que son Derechos Subjetivos, de una naturaleza especial, pero Derechos Subjetivos al cabo, son objeto precisamente de la protección por la justicia administrativa y contencioso-administrativa.

En este primer nivel, lo que podríamos llamar la función normal de la justicia administrativa, se plantean, sin embargo, diría yo tres hipótesis:

La primera, que no tiene ningún problema, se da cuando los Derechos Fundamentales están a su vez desarrollados o recogidos en la legislación ordinaria, aquí no cabe la menor duda, de que esto corresponde, por ejemplo, al Juez Contencioso-Administrativo, que es un Juez fundamentalmente de legalidad no necesariamente de constitucionalidad, no por lo menos en su concepción original, pero como Juez de legalidad, pues tendrá que garantizar esos derechos en la medida en que estén recogidos en la legislación ordinaria.

Pero hay dos hipótesis, mas que complican un poquito la cuestión:

Una la que de los Derechos Fundamentales estén reconocidos, por ejemplo, en la Constitución pero no lo están a su vez en la legislación común y la tercera hipótesis, todavía un poco más difícil es la que los Derechos Fundamentales estén contradichos por la legislación común.



En el caso, de que estén reconocidos en la Constitución y que estén reconocidos a un nivel mas alto pero diferente al del de la Ley ordinaria, yo creo que aquí, tiene plena validez, todo lo dicho por Frank Moderne, la verdad es que en el Derecho Moderno, en el Derecho Contemporáneo, el ordenamiento juridico está formado también por la Constitución, es decir, la Constitución ha dejado de ser una mera razón de validez del ordenamiento, una norma negativa, dirigida solamente al Legislador y al Juez Constitucional, una norma que sólo sirve para anular las que la contradigan, pero que no vincula por sí misma, a su cumplimiento, eso está superado, incluso en los Estados de Europa Occidental, que han sido más resistentes tradicionalmente, a la justicia constitucional, y hoy diría yo, que se reconoce universalmente el valor de la Constitución Política, no solamente como norma suprema en el sentido de razón de validez de las demás, sino también como una norma jurídicamente vinculante, por sí misma vinculante, para todos los poderes y autoridades públicas, y desde luego para los particulares también. Como lo normal y no lo extraordinario.

En Europa, costó mucho que la democracia y principalmente en Inglaterra, donde todavía no existe justicia constitucional, y en Francia se dio mucho más como la Revolución de los Representantes del Pueblo frente al Monarca, es decir, como el traspaso del poder del Monarca al Parlamento, y de allí que en Europa se acuñara una expresión que en algunas constituciones de América, por ese Eurocentrismo que sufrimos todos, reproducen, cuando establecen, por ejemplo, que el Parlamento, es el depositario de la soberanía, dichosamente, en mi país, se hizo desaparecer esa expresión y hoy el parlamento no es más que un órgano que ejerce una de las funciones del Estado, pero ni siquiera todos juntos son depositarios de la soberanía, la soberanía en una democracia solo está depositada en la Constitución.

Por lo tanto, la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales por los Tribunales contencioso-administrativos, hoy diría yo, que no tiene objeciones, en el sentido de que estos Tribunales están obligados a aplicar todo el ordenamiento y fíjense que sintomáticamente hoy la jurisdicción contencioso-administrativa se define como la que tiende a garantizar derechos y libertades fundamentales, y en general, el Derecho de la Administración precisamente en función de los Derechos Fundamentales pero en función de cualquier violación del ordenamiento juridico, no dice,

en violación de la Ley, ni siquiera se utiliza ya la expresión del Derecho porque esto se presta a ambigüedades, y nadie puede discutir que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico, de manera que los Derechos reconocidos en la Constitución, están reconocidos por el ordenamiento jurídico y obligan a los Tribunales Contenciosos.

El problema se plantea, a mi juicio, todavía estamos hablando de la jurisdicción contencioso-administrativo como tal, no como participe de una jurisdicción constitucional, el problema se plantea, cuando hablamos de Derechos Fundamentales que están contradichos por la legislación ordinaria, porque allí se caemos en el problema de control de constitucionalidad, mucho más, que el problema inmediato de aplicación de los Derechos Fundamentales.

No podemos resolver este problema sin resolver antes el problema de si todos los Tribunales de justicia, y particularmente los de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, pueden o deben desaplicar la Ley u otras normas contrarias a la Constitución cuando sean incompatibles con el Derecho de la Constitución y ese es el tema más álgido, diría yo, de la justicia constitucional.

Un segundo plano de consideración, es el de los Derechos Fundamentales, pero ya como *Fundamentales*, la necesidad que existe de que los Derechos Fundamentales tengan una protección especial, o dicho con otras palabras, la necesidad que se da en el Estado de Derecho de que los Derechos Fundamentales, sean protegidos mediante una serie de mecanismos, entre ellos, diría yo, en resumen, primero, remedios jurisdiccionales absolutamente informales que le permiten el acceso a cualquier ciudadano, en mi país, hemos llegado a reconocer en este sentido, legitimación en materia de amparo y de *habeas corpus*, legitimación popular, normalmente, ésto se reconoce en el *habeas corpus*, en mi país, también se le reconoce en materia de amparo, cualquier persona puede plantear un amparo en favor de cualquier persona aunque no tenga ninguna relación ni subjetiva ni objetiva con esa persona, pero la Sala Constitucional ha llegado un poco más en este campo, hemos llegado, por ejemplo, a reconocer la legitimación de un menor de edad, para reclamar Derechos Fundamentales y hay dos casos muy famosos:



Uno de un niño que presentó un amparo, bueno, que interpretamos como amparo, unas líneas emborronadas en un pedazo de papel de Colegio, que simplemente, nos decía que quería estar con sus padres y no lo dejaban, le dimos tratamiento de amparo, averiguamos cosas increíbles como que el patronato nacional de infancia tenía un tratamiento para enseñarles a los niños que estaban en depósito a olvidarse de sus padres, porque nos contestaron que era lógico que este niño quisiera estar con sus padres porque no había completado el tratamiento, tratamiento que desde luego a partir de ahí se terminó, y el niño finalmente, pasó la Navidad con sus padres, y él se llama a sí mismo, el hijo de la Sala Cuarta, en Costa Rica, se le llama Sala Cuarta a la Sala Constitucional, familiarmente, y todos los años para Navidad nos manda algún pequeño regalito, y una carta muy bonita y la firma, siempre así, el hijo de la Sala Cuarta y recientemente, en una cosa mucha más grave, un amparo planteado por un niño de nueve años, produjo el cierre de un depósito sanitario, la verdad es que era un basurero, de una zona del país, y la Sala no discutió la legitimación de ese niño de nueve años.

Otra de las cosas fundamentales, me parece para la garantía de los derechos fundamentales es la rapidez, el carácter expedito de los procesos tendentes a garantizar estos Derechos.

En este sentido creo que hay una diferencia muy marcada entre la concepción iberoamericana y la concepción europea del amparo, en general, en Europa el amparo es un remedio final, un remedio al que se acude después de agotar los recursos administrativos y jurisdiccionales que quepan contra el acto impugnado al final de cuentas, entonces el amparo siempre resulta ser un amparo contra los Tribunales de Justicia, que no ampararon los derechos del ciudadano, el amparo es todo lo contrario, es en América Latina, diría yo, en general, una acción interdictal y menciono el amparo, porque en realidad la expresión “amparo” no debe verse exclusivamente en relación con una figura específica de protección de los Derechos Fundamentales, sino en general, de la necesidad de protegerlos incluso por la jurisdicción común, así, que el problema que se plantea, para mí en esta segunda etapa de la consideración de los Derechos Fundamentales, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es la inexistencia en general, en nuestros países, de procedimientos y procesos especiales para proteger esos Derechos ante la jurisdicción común, al modo

como en España si se ha desarrollado un contencioso-administrativo especial y fijense, que entre las características que tiene este contencioso-administrativo especial, es que el sólo planteamiento de la demanda suspende el acto administrativo impugnado y es la Administración la que tiene que demostrar la necesidad de mantener su ejecución, a la inversa, de lo que ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa en que la suspensión es excepcional, y en la que la interposición de la demanda no suspende los actos impugnados, a menos que el Juez razonadamente declare la suspensión, generalmente, se dice, porque los actos puedan causar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Desde luego que en el amparo mismo, en el amparo ante la jurisdicción constitucional, la suspensión es mucho más fluida, sin que yo pretenda que se haga lo que hemos hecho en mi país, la interposición del amparo suspende de pleno derecho los actos impugnados a menos que la Sala mantenga su ejecución.

En seis años, la Sala Constitucional ha resuelto veintisiete mil demandas y creo que no pasan de cien los casos en que ha mantenido la ejecución del acto como medida necesaria.

A esta pues, necesidad de informalismo y de expedición, creo que no le hemos puesto la atención debida y creo que debemos tener presente esa necesidad para incluirla no solo en el amparo, sino precisamente, en el proceso contencioso-administrativo que están en las leyes reguladoras de procedimiento en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema principal se plantea, diría yo, en un tercer nivel, que es la protección de los Derechos Fundamentales por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero actuando, participando de la justicia constitucional, en otras palabras, aquí se da de lleno la Conferencia de Frank Moderne, que yo no tengo ninguna pretensión de superar, sobre precisamente el carácter de Juez Constitucional que tiene el Juez Contencioso-Administrativo, naturalmente, que esto tiene una serie de matices, que dependen, sobretodo, del sistema constitucional de justicia que tiene cada país, no es lo mismo, hablar de la aplicación directa de la Constitución, en países de jurisdicción constitucional concentrada, donde evidentemente el Juez Contencioso-Administrativo no puede desaplicar la Ley y después



hablamos de los demás, que hablar de esto en los sistemas de control difuso de constitucionalidad, ya se trate del control difuso pleno como en los Estados Unidos y en Argentina, o se trata de lo que yo he llamado “*control difuso concentrado*”, es decir, la existencia de dos procesos paralelos, de dos conceptos paralelos, uno concentrado y uno difuso, de control de constitucionalidad, como el que existe tradicionalmente, desde hace muchos años, yo diría desde mucho antes de que naciera Kelsen, ya existía el concentrado en Venezuela y en Colombia, y en Costa Rica por cierto, o sea, la concepción colombiana y venezolana, es de que todo Juez está obligado a aplicar la Constitución por encima incluso de la Ley, aunque en Venezuela hay un matiz, que es el siguiente: cuando en el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativo se descubra que hay inconstitucionalidad de una norma hay que referirla a la Corte Suprema de Justicia en pleno que es el Tribunal que ejerce el control concentrado de constitucionalidad, en este sentido puede verse la justicia contencioso administrativa venezolana como una justicia mutilada, en el caso de Costa Rica, esta situación es incluso más grave.

Este problema pues desplaza la cuestión al de la justicia constitucional, pero es que hay otros aspectos como los que señaló Moderne, hay otros aspectos implicados en la garantía de los Derechos Fundamentales por el Juez común y por el Juez Contencioso-Administrativo, está la necesidad de interpretar todo el ordenamiento a la luz del Derecho de la Constitución, lo que quiere decir también, interpretar todo el ordenamiento de manera congruente con los Derechos Fundamentales, que deben respetarse por encima de todo y esto si le toca a cualquier Juez, y además la posibilidad que existe, incluso en los sistemas concentrados de justicia constitucional, la posibilidad que existe para el Juez de consultar, de plantear la llamada “cuestión de constitucionalidad” ante el Juez Constitucional, en este aspecto, también creo yo que todo el problema serio se reduce a la desaplicación de la Ley formal, por lo menos, en Europa, nadie duda de que el Juez Contencioso-Administrativo puede anular y debe anular los actos infra-legales cuando sean violatorios de la Constitución, por ejemplo, los Reglamentos, los actos administrativos, aunque existe discusión en cuanto a determinados Reglamentos, principalmente por su origen en las más Altas esferas del Poder Ejecutivo, y como digo yo, creo que el Mundo entero con una especie de infantilismo cívico, sigue vinculado a una especie de idea monárquica, hay una consideración en todos nuestros países,

decimos el hombre, el Jefe, y vemos en el Jefe del Estado, una especie de encarnación mesiánica, que es un poco en América, el concepto de la idea del Cacique, pero en general, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para anular toda norma o acto que viole los Derechos Fundamentales salvo la propia Ley o los actos con fuerza de Ley reconocidos por la Constitución.

Pues, como digo, el problema se reduce a la Ley, y el problema ya no es un problema del contencioso-administrativo, es un problema de la justicia constitucional, y en ese sentido quiero decir, que yo soy un partidario ferviente de un modelo de justicia constitucional que he llamado un "*modelo iberoamericano de justicia constitucional*" como un tercer modelo, y no como uno de los dos que se acostumbra a hablar, y he dicho algo muy importante, que la ideología constitucional iberoamericana se basa fundamentalmente en que existe un Derecho Fundamental Primero, "*el amparo de los Derechos Fundamentales*", o sea, un Derecho Fundamental a un goce instrumental en los Derechos de goce, Derechos de goce independiente en si.

De manera que si yo planteo un Derecho a la protección de mi derecho a la inviolabilidad de mi domicilio, estoy ejerciendo dos derechos, el Derecho a la inviolabilidad al domicilio como Derecho Fundamental Sustancial, pero también estoy ejerciendo el derecho al amparo de ese derecho, Derecho este instrumental que está en América expresamente legislado y reconocido en la Convención Iberoamericana sobre Derechos Humanos, describe como una de los Derechos Fundamentales, el Derecho a la Protección de los Derechos Fundamentales, y que la Corte Iberoamericana ha interpretado de una manera progresiva, de la que naturalmente yo participo, y de la que participa siempre Don Pedro Nikken, al entender, por ejemplo, que en los Estados de Emergencia, en los Estados de excepción, no se pueden suspender las garantías judiciales de los Derechos Fundamentales, es decir, no se puede suspender el *habeas corpus*, aunque es lo primero, que se hace en nuestra América, y no se puede suspender tampoco el amparo, entre otras cosas, porque no hay necesidad de suspenderlo; pero, además, se dice en ese pronunciamiento de la Corte Iberoamericana porque, primero, las garantías judiciales sirven para garantizar los Derechos que no se pueden suspender, y segundo, que los que si se pueden suspender, no se suspendan mas allá de su finalidad, o



sea, para garantizar la legalidad excepcional que se da en el Estado de excepción, pero inclusive, hay una tercera vertiente, que es el control jurisdiccional de la propia declaración de emergencia, de la necesidad y de la razonabilidad de la declaración de emergencia y de las medidas que se adopten dentro de ellas.

Entre otras cosas, porque en América, los Estados de Emergencia, de Sitio, o como quiera que se llamen, han servido lo mismo para un concilio que para un relajo, y ha habido situaciones como la de Colombia, antes su última Constitución, en que el país vivió once años con suspensión de garantías, de manera que, no tiene mucho sentido hablar de Derechos Fundamentales cuando están suspendidos.

Como digo, yo soy ferviente partidario de la justicia constitucional mas amplia y muy particularmente, de la participación de la justicia contencioso-administrativa en la defensa del Derecho de la Constitución, al final de cuenta, la Administración es la que detenta, sino el poder mas alto, el poder mas intenso, mas extenso, y el que mas nos duele a los ciudadanos todos los días, es la piedra en el zapato para todos los ciudadanos, sobretodo, en una época en que la Administración Pública, se ha desorbitado, y ejerce no solamente un poder político y jurídico, sino también concentra un enorme poder económico, lo cual significa que la libertad que debería ser el centro de todas las ideologías de los Estados Democráticos de Derecho, la verdad es que, la libertad, cada día se ve más limitada, mediatizada, condicionada, no solamente por las Administraciones formales del Derecho, sino también por el ejercicio del Poder y en esto tiene mucho que ver lo que oía ayer, o la discusión que oí ayer, sobre que la ejecutoriedad de las sentencias de los contencioso-administrativos son la piedra de toque de la justicia administrativa.

En mi país, algo hemos hecho, no mucho, pero hemos logrado centralizar en un poder judicial monstruoso, porque en mi país, es un poder judicial monstruoso, el organismo de investigación judicial, tiene a la policía judicial, tiene al Ministerio Público, tiene a la Defensa Pública, todo eso dependiente de una Corte, que además tiene independencia económica y presupuestaria, tiene un porcentaje del seis por ciento del situado nacional, que ella maneja y administra libremente, la posibilidad garantizada de que los propios Jueces sean los ejecutores de sus fallos, de que se limiten a

dar órdenes directas o a una autoridad subordinada o a los órganos de la administración, pero no dependiendo de que ésta resuelva cómo lo ejecuta.

Quiero terminar diciendo que en mi país, se ha presentado un problema muy serio, en lo que se refiere a esto, lo que he llamado "*la justicia constitucional modelo iberoamericano*", se hizo una reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, para crear el control difuso, pero me lo echaron a perder, mis compañeros de la Sala Constitucional resolvieron que hay un cierto control difuso de constitucionalidad, pero no tanto, y entonces al final, quedó como fórmula, que los Jueces no pueden desaplicar las leyes, y muy gravemente, ni las leyes ni otras normas, por inconstitucionales, por propia autoridad, pero si tienen que desaplicarlas cuando haya precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional, que es vinculante *erga omnes*, desde luego que con veintisiete mil sentencias sobre el fondo, ya hemos hablado de lo humano y lo divino, así que siempre es fácil encontrar un precedente que invocar ante la jurisdicción.

**EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Y LA PROTECCION DE LOS
DERECHOS HUMANOS**



EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Por José Araujo Juarez
Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Católica Andrés Bello**

El objeto de nuestros comentarios estriba en examinar la conexión que existe entre el contencioso-administrativo y los derechos humanos, fundamentalmente, en sus aspectos jurídicos. Tiene además una finalidad suplementaria, pero importante, a saber: subrayar la significación histórica, ideológica y política que la interrelación contencioso-administrativo derechos humanos supone, y las consecuencias que de la misma derivan.

De ahí que debamos proceder inmediatamente a la concreción o delimitación del tema específico asignado que, muy significativamente, se refiere a los derechos humanos. Para ello, y en justificación también de la elección temática, nos vamos a referir a las siguientes cuestiones: Estado de Derecho y Derechos Humanos (I); justicia Administrativa y Derechos Humanos (II); y Problemas de una Teoría General de la Vía de Hecho Administrativa en Venezuela.

I. ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Es difícil concebir hoy en día, un Estado de Derecho que renuncie a garantizar los derechos humanos o, al menos, a proclamarlos. Sería discutible a lo sumo, su aplicabilidad, su funcionamiento y su jerarquía, pero no el principio de la necesidad de su real protección y de su garantía jurídico-positiva.

I. Derechos humanos

No emprenderemos aquí la historia de los derechos humanos y su progresiva incorporación a los Ordenamientos jurídicos de los Estados: séanos permitido, sin embargo, una breve e incidental referencia.

Si bien se sostiene que las raíces históricas de los derechos humanos se remontan hasta la Antigüedad, su nacimiento y desarrollo como garantías jurídicas individuales están ligados estrechamente al desarrollo del Estado moderno, donde ya se plantea el problema de la limitación como persona individual, poseedor de derechos que le son inherentes y que, lejos de ser una concesión del Estado, han de ser por éste reconocidos y garantizados. En efecto, sólo la ruptura del orden social medieval, caracterizado por los derechos estamentales, fueros y libertades corporativas, propios de los "estamentos", "Estados" y "órdenes" en que aparece estratificada la sociedad feudal, hicieron que la atención se detuviera en torno al valor y dignidad propios de la persona humana (liberalismo), y se instara a reconocer derechos humanos inalienables (declaraciones de derechos).

Es así como al evocar la trayectoria histórica de los derechos humanos, hay que hacer referencia obligada a dos líneas de la tradición que contribuyeron, de manera decisiva, a la formación de las garantías modernas de los derechos humanos.

En primer término, la secularización del derecho natural, introducida por la teoría de los valores objetivos de la escolástica española (*Francisco de Vitoria, Gabriel Vásquez, Francisco Suárez*), la cual libera al derecho natural medieval de la voluntad divina, a través de "la naturaleza o razón de la cosa" (doctrina del orden natural). Luego, *Grocio* dedujo el derecho natural a partir de la naturaleza racional del hombre y lo define como "aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre", después lo conformó sistemáticamente de acuerdo con el "*dictamen rectae rationis*" y lo utilizó prácticamente en su teoría de la propiedad en concreto. Con *Pufendorf, Hobbes* y *Locke*, los derechos naturales del individuo a la vida, a la libertad y a la propiedad, se convirtieron gradualmente en derechos humanos universales.

En segundo término, la transformación de las antiguas libertades y franquicias, "derechos estamentales" de la Edad Media en los modernos derechos individuales a la seguridad personal y a la independencia que el poder del Estado, representado por los respectivos señores feudales, tenía que respetar. Es así como en el campo jurídico-positivo y constitucional, el papel de vanguardia corresponde a Inglaterra, donde las polémicas revolucionarias entre la Corona y el Parlamento dan luz a las primeras



garantías jurídico-políticas frente a la detención arbitraria, la expropiación y el destierro (la "Petición de Derechos" de 1628, el Acta de "Habeas Corpus" de 1679 y la "Declaración de Derechos" de 1689); por otra parte, en la Europa continental, las guerras de religión conducían a la formulación de los derechos a la libertad de conciencia y de creencia, a la igualdad jurídica, a la libre expresión de las opiniones y a la libertad de residencia (la Paz de Augsburgo de 1555 y la Paz de Westfalia de 1648).

Estas garantías jurídicas, con mayor fuerza que los postulados iusnaturalistas, tenían principalmente por finalidad, una limitación y moderación del poder del Estado.

A finales del siglo XVIII, ambas líneas desembocaron conjuntamente en las grandes declaraciones de los derechos humanos, que están al comienzo de la etapa de constitucionalización de los mismos. Por primera vez se recogen los derechos humanos en unas "tablas" y se califican de "inviolables" e "inalienables".

Después encuentran su consagración contemporánea en el Derecho Internacional del presente siglo, en diversas declaraciones universales y regionales, debido a la preocupación general de asegurar una protección más eficaz de los derechos humanos. Así, la universalidad de principio que los constituyentes de la Revolución Francesa reconocían a los derechos del hombre a fines del siglo XVIII parece, pues, haberse convertido hoy día en una universalidad de hecho (*Rivero*). Por lo demás, las Constituciones suelen incorporar el Derecho Internacional de los derechos humanos a sus textos (art. F, art. 10.2, E; art. 93, C), con lo cual se refundirían los dos tipos de instrumentos jurídicos.

De ahí que del derecho natural se pase a los derechos del hombre. Este cambio de denominación es algo más que lingüístico, pues denota el tránsito en la concepción de la naturaleza del hombre y la consolidación del humanismo.

Así, el respeto de los derechos humanos como postulado humanístico universal, viene a condicionar desde el exterior, la operatividad de los sistemas constitucionales y es, desde entonces, inseparable de la idea misma del Estado de Derecho.

2. Estado de Derecho

Estado de Derecho es una locución que fue introducida en Alemania con la aparición de la gran escuela iuspublicista. Con dicha locución se quería significar algo muy simple: en un Ordenamiento estatal, las potestades públicas, que incidan directa o indirectamente en la esfera jurídica de los ciudadanos, deben haber sido asignadas al Poder Público mediante ley y, además, otras normas jurídicas -no necesariamente con rango de ley- deben regular su ejercicio.

Mediante esta forma de concebir las potestades estatales, se pretendía introducir una garantía para los ciudadanos frente a las arbitrariedades del Poder Público: de un lado, una reserva de ley para las potestades de gravamen, y, del otro, el derecho de los ciudadanos a pedir la tutela jurisdiccional contra el uso de potestades inexistentes o del ejercicio de potestades contra ley (*Giannini*).

En consecuencia, el Estado de Derecho tenía, en la idea de quienes lo propusieron, un significado constructivo: se diría, en sentido moderno, un principio de Constitución material, que actúa por encima de todos los principios y las normas constitucionales atributivas de garantías de libertades y derechos humanos de todo tipo, que opera, además, más allá de los enunciados contenidos en textos constitucionales.

Ha sucedido, sin embargo, que la doctrina posterior ha cargado la locución Estado de Derecho de otros valores y valoraciones que van más allá de su significado originario, incluso, hay quienes han querido ver necesariamente implicados en dicha noción, un buen número de instituciones jurídicas que van desde la justicia Administrativa hasta el "Ombudsman".

Y ello no puede ser de otra manera en un Estado de Derecho que se pretende construir bajo el postulado del mantenimiento del contenido "esencial" de los derechos y libertades, tomando así prestada una terminología alemana. Como muy bien expresaba *Herber Kruger* en frase lapidaria, quizá un poco simplista, pero desde luego acertada: "Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la Ley, hoy la Ley sólo vale en el ámbito de los derechos fundamentales".

Así, la Constitución en un Estado de Derecho proclama y reconoce -no crea- un orden de valores que vinculan al Poder Público y que hallan su manifestación concreta en los derechos y libertades fundamentales, en



cuanto se configuran como auténticos derechos públicos subjetivos, con posibilidad de hacerlos valer ante los tribunales, que se convierten así en la auténtica fortaleza y órganos decisivos para la protección de esos derechos. Ahora bien, el problema de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos, no es el de su justificación, sino el de su protección. No se trata de saber cuáles y cuántos son esos derechos humanos; su naturaleza y fundamento; si son naturales o históricos; absolutos o relativos; sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.

La efectividad del reconocimiento exige, pues, no sólo una adecuada declaración de los derechos humanos sino, muy específicamente, una protección jurisdiccional inmediata y apropiada, sin la cual las declaraciones no llegan a convertirse en realidad.

Es así como se llega a reconocer al ciudadano, un derecho a la tutela efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales, necesidad que es especialmente importante en relación con los derechos humanos, a los que es necesario dotar de un cauce jurisdiccional específico de protección, en caso de violación por parte del Poder Público (eficacia vinculante) y frente a los demás ciudadanos (eficacia horizontal o social). Desde entonces, el Estado de Derecho se ha esforzado en atribuirles una seguridad y una garantía reforzada, mediante un incremento de su aplicabilidad o mediante dificultades en su modificación, señalando así la doctrina más moderna y relevante, que representa de este modo el "coronamiento del Estado de Derecho".

Ahora bien, la declaración de los derechos fundamentales en el marco de cada Estado tiene, por su propia virtualidad, un considerable valor, si bien las declaraciones por sí solas no son garantías, en el sentido propio del concepto, que en la técnica jurídica se considera como un medio de poner en movimiento al Estado para que restablezca el derecho fundamental cuando este es violado, y que el Ordenamiento constitucional busca asegurar así:

En *primer* lugar, el contenido concreto de los derechos fundamentales depende ante todo del Legislador. La manera como la ley es redactada, en el sentido de dar o no un texto preciso y al mismo tiempo muy protector con un contenido muy concreto.

En *segundo* lugar, el contenido de los derechos fundamentales puede variar, no sólo según el régimen político y las leyes del país, sino igualmente, según las circunstancias propias y según las exigencias del Estado. Es el caso de la teorías de la urgencia y de las circunstancias excepcionales, cuya presencia comporta que, por ejemplo, lo que en situaciones normales constituirá una vía de hecho, en tales casos no se le califique de tal.

Por *último*, el contenido de los derechos fundamentales variará según la forma del control, y es en este momento en el cual aparece la función del juez en la defensa de los mismos.

De acuerdo con lo expuesto, el consenso que existe sobre la necesidad de protección de los derechos fundamentales ha centrado la preocupación doctrinal en la efectividad de las garantías de los mismos, que no son otra cosa que los medios procesales a través de los cuales es posible su protección y plena eficacia, y dentro de ellos destacamos, en los que nos es de consideración presente, los concernientes a la justicia Administrativa.

II. JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y DERECHOS HUMANOS

Se ha dicho, con razón, que la exigencia de la juridicidad de la actividad administrativa surge como una consecuencia natural del Estado de Derecho, en el cual se establece la supremacía de la Ley como instrumento rector y pilar fundamental de toda acción de los centros o complejos de órganos del Poder Público.

También se reconoce -y este es otro de los fundamentos del principio de la legalidad administrativa- que si la Administración Pública tiene un papel prevaeciente y prerrogativas exorbitantes que puede ejercer en procura del cumplimiento de finalidades de interés general, los ciudadanos tienen también derechos y garantías que resultan del Ordenamiento constitucional y que no pueden ser violados sin que ello de lugar a una reacción jurídica tendente a su restablecimiento.

Así, puede ocurrir que la actividad administrativa desconozca o agravie los derechos, fundamentales o no, de los administrados y, ante tal posibilidad, se impone la necesidad de establecer un adecuado control



que propicie su examen para, si fuere el caso, restablecer la situación jurídica infringida y a ese objeto concurren vías de derecho muy diversas, que en su conjunto constituyen el "control jurídico" del Poder Público.

Ahora bien ¿Qué defensas acuerda el Ordenamiento jurídico a los particulares lesionados en sus derechos fundamentales por la acción administrativa, en cuanto puedan acudir a los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos?

Uno de los preceptos más relevantes de la Constitución vigente es el artículo 68, según el cual:

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

Del texto leído se deriva que entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, la acción procesal, instaurada ante los órganos jurisdiccionales competentes, ocupa un lugar destacado. Es así como, desde el punto de vista jurídico, la tutela de los derechos y garantías fundamentales se identifique con los instrumentos de protección jurisdiccional.

En este orden de ideas, como señala *González Pérez*, el magno problema del Derecho Administrativo ha sido instaurar un sistema de garantías que hiciera efectivo el principio de sumisión de la Administración al Derecho, lo cual ha sido una hazaña gigantesca que ha costado siglos. Asimismo, el autor citado agrega, y en ello coincide con *Rivero*, que no existe ni ha existido otra institución que pueda parangonarse al juez administrativo en la salvaguarda de los derechos fundamentales y que una vez que el sistema procesal administrativo entra en crisis, el que hasta fecha relativamente reciente constituía el mejor sistema de garantías, se hubo convertido de pronto, en instrumento poco menos que inútil, al que es necesario reemplazar -al menos en buena parte de sus funciones- por otros sistemas de control. En todo caso, la justicia Administrativa sigue siendo, sin duda, cuantitativa y cualitativamente, el instrumento esencial de la sumisión de la acción administrativa al control jurisdiccional, más su existencia no debe hacer olvidar que, junto a él, existe un importante

control jurisdiccional de la Administración Pública, en la denominada jurisdicción de amparo.

Ahora bien, las fallas de que adolece la justicia Administrativa adquieren especial gravedad cuando se trata de pretensiones deducidas frente a la actuación de la Administración, que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí la importancia capital, a los efectos de nuestros comentarios, o como señala *González Pérez*, el trascendental juego de esa preciosa elaboración en que consiste la teoría de la vía de hecho administrativa en defensa de los derechos fundamentales, por cuanto en nuestra opinión, la interrelación contencioso-administrativo - derechos humanos, tiene su manifestación nuclear en la teoría general de la vía de hecho administrativa, cuyos principales problemas relacionamos a continuación.

III.

PROBLEMAS DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA VÍA DE HECHO ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

1. Introducción

Los problemas que plantea la teoría de la vía de hecho administrativa no son sólo de orden teórico; ellos tienen una enorme importancia práctica, como es ante todo, proteger a los individuos en sus derechos fundamentales.

La teoría de la vía de hecho administrativa, una de las más sutiles construcciones del Derecho Administrativo francés, descubierta por la jurisprudencia a finales del siglo XIX y a comienzo del XX, había sido, según uno de los grandes autores del contencioso-administrativo (*Odent*), olvidada durante varias décadas. Después, encontró su apogeo durante los años de la postguerra y, más tarde conoció un período de declinación, según lo han pensado y lo han dicho otros autores (*Leclercq*). No obstante, el interés que demuestra la doctrina de Derecho Comparado permanece constante.

En Venezuela, muy por el contrario, las referencias de la doctrina son breves y escasas. En el campo jurisprudencial, sólo existe un precedente válido, representado por el caso *Ganadería El Cantón, C.A.* (CSJ/SPA: 8-5-91; CPCA: 6-9-90).



La primera observación que nos merece la jurisprudencia es que pretendiendo una mejor precisión del concepto de vía de hecho administrativa, incorrectamente lo asimila o reduce a un "vicio" de la Administración. Por el contrario, sostenemos que con la teoría de la vía de hecho, por oposición a la vía de derecho, se quiere significar el régimen jurídico -sustantivo y procesal- de la actividad de la Administración gravemente antijurídica, que amenaza o lesiona seriamente los derechos fundamentales.

Ahora bien, frente a una actuación flagrante, burda, grosera, según las expresiones al uso por parte de la Administración, imposible por definición misma de fundamentarse en cualquier línea de conducta respetuosa del principio de legalidad, se invocan diversas teorías que pretenden explicar, las consecuencias que derivan de dicho régimen jurídico.

A la primera formulación de *Aucoc*, precursor de la teoría de la vía de hecho, basada en que la Administración no podría invadir las competencias constitucionalmente atribuidas a los tribunales (estado civil, libertad y propiedad de los ciudadanos), le sucedería la teoría de la desnaturalización del acto administrativo, que hace reputar la vía de hecho, no como una actuación administrativa gravemente viciada, sino precisamente como una degradación que le hace perder su carácter administrativo; la vía de hecho presupone que el acto administrativo es inexistente como tal (*Laferrière*); sólo tiene de administrativo el nombre (*Waline*).

Al respecto se observa que si en Derecho Administrativo, los actos administrativos reputados como inexistentes tienen la virtud de incidir en la esfera jurídica del administrado, hasta el punto que los Ordenamientos positivos tienen incluso vías defensivas *ad hoc*, tanto en el orden civil (interdictos, referés); en el orden contencioso-administrativo (recurso contencioso breve y sumario, recurso por exceso de poder) como en el orden constitucional (acción de amparo acción de tutela), ello quiere decir que el deslinde entre nulidad e inexistencia es imposible, respondiendo ambas categorías -de reconocérsela autonomía a esta última- a la misma idea, ya que nulidad también significa, en puridad, que no hay acto, o que lo que hay no puede valorarse como tal, o en expresión de nuestro Alto Tribunal, "se tiene como nunca dictado" (CSJ / SPA: 6-9-94).

Es así como González Pérez, resumiendo la crítica de la doctrina francesa (*Auby y Drago, Eisenmann, Debary*), señala que ni todos los actos que

podieran calificarse de inexistentes constituyen, desde el ángulo de su ejecución, vías de hecho, ni todos los actos generadores de vías de hecho, son inexistentes.

Por lo demás, en el Derecho positivo venezolano, aparte entrañar terminológicamente una *contradictio in terminis*, pues en todo caso debiera hablarse de "inexistencia del acto", se encuentra desterrada "la inexistente figura de la inexistencia" (*Farias Mata*) y no da lugar a un régimen jurídico distinto al de la nulidad absoluta (*Araujo, Meier*) (art. 19, LOPA).

La otra tesis radica en fundamentar el régimen de la vía de hecho administrativa en la aplicación del principio -ya consuetudinario, ya general, del Derecho de rango constitucional o legal- de que, el juez común es el guardián de la propiedad y de los derechos fundamentales. Esta explicación también es insuficiente, pues aparte de que la vía de hecho es históricamente muy anterior a la competencia de la jurisdicción común sobre esos derechos fundamentales, sobre todo en relación con las libertades públicas, es lo cierto que queda sin explicar, por qué no todas las violaciones a los derechos fundamentales, sino sólo las más graves, son enjuiciables a través de la vía de hecho administrativa.

Lo dicho sirve también para combatir la tesis sostenida por otro sector de la doctrina (*Vedel, Debbasch*), al pretender que la vía de hecho es una sanción contra la ilegalidad grave, siendo así que la que lo es menos es grave y también puede requerir -como son los casos de nulidad relativa- de sanción y reparación.

La vía de hecho administrativa no es, entonces, ni justicia sobre conducta no administrativa, porque la juzgada si lo es, ni es mera sanción contra la Administración por ilegalidad extrema, porque quedan por fuera otras agresiones contra los derechos humanos o fundamentales igualmente graves, no sancionadas, dado lo estricto de los criterios empleados para la selección de la materia contenciosa de la vía de hecho, como analizaremos de seguidas.

2. Aspectos sustantivos: Elementos constitutivos de la vía de hecho administrativa

El régimen jurídico de la vía de hecho administrativa exige tres (3) premisas existenciales y sólo la presencia acumulativa de ellas permite la aplicación de dicho régimen.



En primer lugar, es necesario que el objeto de la lesión, sea un derecho fundamental.

En segundo lugar, es necesario que la lesión a los derechos fundamentales, sea grave.

Y, por último, que la actuación de la Administración carezca de un título jurídico.

A. Derechos fundamentales

La vía de hecho administrativa es una forma autónoma y específica para defender los derechos fundamentales, fuera de cuya protección no opera. Por tanto, la noción de derechos fundamentales juega un papel cierto, si bien mal definido, en la teoría de la vía de hecho administrativa.

Al respecto se observa, que no todos los derechos subjetivos configurarían la teoría de la vía de hecho administrativa, pues, según la jurisprudencia, tan sólo tienen tal carácter, los derechos y garantías constitucionales, esto es, los "que la Constitución establece" (art. 49, C) o que no figurando expresamente en ella, sean "inherentes a la persona humana" (Art. 50, C), tanto en su dimensión individual como social, en suma, los denominados derechos fundamentales -expresión esta que recoge una de las recomendaciones aprobadas en el Informe de las IV jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Venezuela 1967)-.

En el mismo sentido, la doctrina extranjera es categórica al restringir la materia de la vía de hecho administrativa -sea cual sea la vía procesal empleada- a la tutela de los derechos fundamentales o esenciales. Sin embargo, algunos autores extienden tal protección a las libertades que no siendo constitucionales, están expresamente previstas y especialmente organizadas por la ley, con exclusión de la libertad genérica propia de todo Estado de Derecho humanista, de hacer todo lo no legalmente prohibido (*Auby y Drago, González Pérez*), ampliándose así el radio de protección.

B. Lesiones Graves

La función del régimen de la vía de hecho administrativa, es prevenir o hacer cesar las lesiones graves de que son objeto los derechos fundamentales y, en su caso, reparar sus consecuencias.

Así, la doctrina sostiene la necesidad de que la agresión a los derechos fundamentales sea efectiva, es decir, tangible, material, realizada de hecho, como elemento constitutivo de la vía de hecho administrativa -en cuanto la forma más ilegítima de la actuación administrativa. La lesión grave que configuraría la vía de hecho es normalmente manifiesta, pero puede no serlo, tales son los casos más recientes de la jurisprudencia francesa, de vías de hecho no manifiestas, por violación del principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, no procedería la calificación de la vía de hecho, en los casos siguientes:

En *primer* lugar, el particular accionante no ha sido lesionado en sus derechos fundamentales.

En *segundo* lugar, cuando existe un consentimiento o tolerancia expresa o tácita, por ausencia de protesta, referida al asunto litigioso. La doctrina francesa exige oposición expresa, al menos verbal, para que se configure la vía de hecho.

En *último* lugar, cuando se califica de simple o no suficientemente grave, la agresión a los derechos fundamentales, con lo cual cabría pensar en que las lesiones son susceptibles de gradación (*Auby*).

Fuera de tales casos, la agresión grave a los derechos fundamentales es, en principio, constitutiva de la vía de hecho administrativa.

C. Ausencia de título jurídico

La doctrina y la jurisprudencia tienen el mérito de señalar, que junto a la gravedad de las lesiones que se infieren a los derechos fundamentales, las vías de hecho administrativas constituyen ilegalidades graves, no en razón de sus consecuencias, sino del hecho de su origen. La Administración se sale del campo del Derecho, de los caminos de la legalidad y si todavía ciertos autores sostienen la teoría de la desnaturalización, es justamente porque ese irrespeto al Derecho es inexcusable.

Aquí, conviene distinguir los dos ámbitos de la vía de hecho administrativa:



a. El acto-vía de hecho

La conducta constitutiva de la vía de hecho administrativa puede ser, no obstante su carácter excepcional y contra lo que suele afirmarse (*De Laubadere, Rivero*; CPCA: 6-9-90, caso Ganadería El Cantón, C.A.), un acto administrativo, lesivo por sí mismo, con independencia de su ejecución; esto es, aún antes de que se ejecute y aunque no llegue a ejecutarse. La sentencia de la CSJ/SPA S-5-91, caso Ganadería El Cantón, C.A., constituye un notable ejemplo.

Se presenta cuando el acto administrativo es, según la tradicional fórmula de la jurisprudencia francesa, "manifiestamente insusceptible de fundarse en la aplicación de un texto legal o reglamentario" (T.C. 4-6-1940, caso *Schneider*) o cuando el acto es "insusceptible de ser atribuido al ejercicio de un poder perteneciente a la Administración" (C.E. 18-11-49, caso *Carlier*). Esta jurisprudencia ha sido precisada en el sentido de que el acto, para constituir vía de hecho, debe ser "manifiestamente insusceptible de vincularse a un poder conferido a la Administración en el cumplimiento de funciones determinadas" (T.C. 9-6-86, caso *Eucañ*), lo cual trae como consecuencia ampliar el campo de la vía de hecho administrativa.

Por último, puede haber vía de hecho administrativa, si hay desproporción grave en el acto, apreciando el tribunal, la relación existente entre la decisión impugnada y un poder determinado, caracterizado por su finalidad. No puede dejar de mencionarse, la importancia creciente del principio de proporcionalidad como general del Derecho Público, cuya violación genera la invalidez -absoluta- del acto y cuando es exagerada, constitutiva de una vía de hecho. En tal sentido, la violación del art. 12, LOPA elevada a extremos de nocividad de los derechos fundamentales, constituida una vía de hecho administrativa.

b. La actividad material - vía de hecho

La actividad material, a diferencia de la actividad jurídica de la Administración, es la que tiene por resultados efectos en el mundo sico-físico o, simplemente, sensible. En tal sentido, la actividad material de la Administración es heterogénea, comporta un "hacer material", operación técnica o actuación física, pudiendo consistir en el suministro de prestaciones (bienes y servicios) o en la preparación y ejecución, a su vez, de actos administrativos previos.

En este último sentido, es de ordinario la actuación material lesiva contra los derechos fundamentales, la que configura la vía de hecho administrativa, con fundamento en el art. 78, LOPA, al incurrir la Administración en alguno de las hipótesis siguientes:

a) La actuación material lesiva de la A.P. carece de toda vinculación con el ordenamiento positivo, porque en éste no hay una norma que habilite una actuación material de ese tipo o contenido.

b) La actuación material lesiva de la A.P. se da, sin que haya el título-soporte o acto administrativo previo por ejecutar, la cual a su vez comprende los casos siguientes:

1) El acto administrativo previo no se da, ni jurídica ni materialmente. Es un caso de pura operación material no precedida de actividad jurídica alguna.

2) El acto administrativo previo se da, pero adolece de vicios de nulidad absoluta.

La jurisprudencia venezolana reduce los vicios cualificantes de la vía de hecho a los supuestos de: incompetencia manifiesta (art. 19, 1º, LOPA) y de ausencia absoluta de procedimiento (art. 19, ord. 4º, LOPA).

Supuestos de pérdida de soporte jurídico.

3) El acto administrativo que se ejecuta ha sido anulado, en vía administrativa o en vía jurisdiccional; o revocado por la Administración (inexistencia sobrevenida).

4) El acto administrativo se consumó, por cumplimiento o por expiración de su plazo y la Administración persiste, pese a ello, en la actuación material contra los derechos fundamentales (cesación definitiva).

5) El acto administrativo ha sido suspendido, en la vía administrativa o en la vía judicial, y la Administración procede a su ejecución agraviando derechos fundamentales (cesación temporal).

6) Finalmente, la actuación material lesiva ignora el acto administrativo previo y sus límites de vigencia, objetiva y subjetiva, que ese acto tiene e



impone. Hay discordancia entre el título jurídico y la ejecución o las modalidades de ejecución previstas en la ley (art. 80, LOFA).

3. Aspectos procesales: Consecuencias contenciosas de la vía de hecho administrativa

La existencia de la vía de hecho administrativa, como institución procesal, comporta importantes consecuencias contenciosas.

No sólo ocurre el efecto fundamental de la emigración de la Administración hacia el terreno de la jurisdicción común, al quedar privada de ser juzgada por la especialísima jurisdicción contencioso-administrativa (*caso Ganadería El Cantón, C.A.*), sino que, por un lado, los órganos jurisdiccionales poseen, además, poderes enérgicos preventivos y represivos que no serían, en principio, susceptibles de ser ejercidos por la jurisdicción administrativa. Por el otro, añade la jurisprudencia, la Administración queda despojada de sus prerrogativas y privilegios accesorios al proceso administrativo, como el agotamiento de la vía previa que no se da, la desaparición de los plazos de caducidad que se ven sustituidos por los plazos de prescripción ordinaria y, sobre todo, la sustitución del Derecho aplicable que será el Privado y no el Administrativo.

Sin embargo, estimamos que en Venezuela el régimen de la vía de hecho no puede consistir en el tránsito de la Administración, desde la justicia administrativa (orgánicamente tal) hasta la judicial, porque aquí sólo ésta existe, en virtud del carácter judicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa (CSJ/SPA: 14-2-70). Que ello sea así, no implica ni produce la uniformidad del Derecho aplicable, que será Público o Privado de acuerdo con el asunto litigioso. Por tanto, su régimen procesal ha de estar en diferente nota esencial.

A. Extensión excepcional de la competencia de la jurisdicción común

Por definición misma, la vía de hecho puede y debe ser constatada. Tal poder de la jurisdicción común comporta una derogación a la regla según la cual, corresponde al juez administrativo, el conocimiento de los litigios donde se plantea una cuestión sobre la apreciación de la legalidad de un acto administrativo o relativa a la ilegitimidad de una actuación de la

Administración. Sin embargo, el juez común en tales casos no anula propiamente el acto como lo haría el juez administrativo, cuando el acto administrativo constituye vía de hecho, lo desaplica, le niega todo valor (*Vedel*).

A tal efecto, visto que en Venezuela no tiene asidero el reenvío al juez ordinario, se ha de predicar del juez administrativo el papel principal del juez común en Francia, esto es, de restablecer las consecuencias de la vía de hecho, al punto que le debe ser reconocida la competencia para:

a. Prevenir la vía de hecho administrativa

En tal caso, la acción se sitúa en el plano de la amenaza inminente de ejecución, y no en el de la ejecución misma.

A través de las medidas cautelares (suspensión y poder cautelar inxaminado), y como tal, de vigencia provisional, supeditadas a la existencia del proceso principal, el juez administrativo puede paralizar la actuación groseramente ilegal que se propone ejecutar la Administración, a los fines de que la amenaza no se consuma.

b. Hacer cesar la vía de hecho administrativa

Por otra parte, los jueces administrativos pueden obligar, a la autoridad administrativa culpable de haber cometido una vía de hecho, de hacerla cesar, para lo cual disponen de amplios poderes, con el fin de hacer desaparecer las consecuencias de la vía de hecho, cuando la "*restitutio in integrum*" es posible, restableciendo la situación jurídica anterior.

c. Declarar la responsabilidad administrativa

En esta materia, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, es plena y exclusiva.

En efecto, en el cuadro de la vía de hecho, en Venezuela aparecería perfectamente justificado que el juez administrativo detente un verdadero monopolio en lo que concierne a la condena de indemnización contra la Administración, susceptible de compensar los efectos perjudiciales, que tienen causa en una vía de hecho. Por lo demás, la vía de hecho puede -



no necesariamente-, comprometer a la vez la responsabilidad del funcionario que ha cometido una falta personal separable del servicio.

En Venezuela es sabido que la jurisdicción contencioso-administrativa, constitucionalmente garantizada según el art. 206, C, está llamada a juzgar la legalidad y la legitimidad de los actos, los hechos y las relaciones jurídicas originados por la actividad administrativa.

De ahí que, la quiebra del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por parte del juez administrativo frente a la vía de hecho administrativa, no radica en una regulación deficiente, sino sencillamente en la inaplicación de sus poderes, pues el Ordenamiento positivo configura competencias suficientes para que con una jurisprudencia “progresiva” haga aplicación de ellas, administre justicia en los casos de las vías de hecho administrativas.

Así las cosas, las acciones a incoar frente a las vías de hecho administrativas, deben quedar encomendadas exclusivamente al juez administrativo ¿Si ya conoce del amparo constitucional ante las vías de hecho administrativas, en tanto que juez constitucional del amparo, por qué no conocer del contencioso de la legalidad y el contencioso de las demandas que tienen su origen en la vía de hecho?

B. Límites de la competencia de la jurisdicción común

Tales límites en los regímenes de doble jurisdicción, revisten dos formas. La primera, hace referencia a la eventualidad de una competencia concurrente de la jurisdicción común con la jurisdicción administrativa. La segunda haría referencia a los supuestos en los cuales la jurisdicción común no ostentaría competencia, lo cual significa que ciertos supuestos de la vía de hecho escaparían de todo control contencioso-administrativo.

a. Competencia concurrente

Hemos observado hace un momento que la jurisdicción común, apta por calificar ciertas actuaciones administrativas de vías de hecho poseen, por consiguiente, una competencia excepcional para apreciar la legalidad de los actos administrativos, ya sean reglamentarios o individuales, desde el momento que tales actos son el origen de la vía de hecho administrativa.

Sin embargo, esa competencia no le es exclusiva, y el juez administrativo que, en principio, no puede conocer directamente de una acción resarcitoria de daños imputables a una vía de hecho, tiene el poder de declarar la nulidad de los actos administrativos, cuando es accionado por la vía del recurso por exceso de poder (T.C. 27-6-1966, caso *Guigon c/ Min, Armées*).

Al respecto, *Rivero* da cuenta de una curiosidad, a saber: la competencia del juez administrativo para reparar los daños causados por la vía de hecho, con cita del C.E. 4-11-67, caso *Ministre de l'Interieur*. Tal jurisprudencia, concluye, puede conducir a un paralelismo de competencias administrativa y judicial, incluso, a un abandono progresivo de ésta en provecho de la primera. Por el contrario, *Odent* considera como aberrante un cierto número de fallos del Consejo de Estado, en la medida en que ellos han decidido sobre pretensiones de reparación pecuniaria de daños originados por la vía de hecho (C.E. 18-1-24, caso *Ate Laitiere Maggi*; 27-10-94, caso *Coscosts Tromberts*).

En consecuencia, la declaración de la nulidad de los actos administrativos, origen de vías de hecho, le correspondería a los tribunales de los dos (2) órdenes de jurisdicción, dejando ya de ser exclusiva en tales supuestos.

En Venezuela, tal posibilidad está expresamente consagrada: en primer lugar en el art. 131, LOCSJ, al permitir la acumulación del contencioso de nulidad con las pretensiones de condena, y, en segundo lugar, directamente por el contencioso de las demandas, que tienen por objeto pretensiones al pago de sumas dinero, la reparación de daños y perjuicios y al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas.

b. Casos de incompetencia

La primera hipótesis donde cede la competencia de la jurisdicción común en materia de vías de hecho, concierne al caso muy raro de un acto de gobierno que lesione gravemente un derecho fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia considera como no excluyente, la existencia de un acto de gobierno y la posibilidad de indemnización (C.E. ass. 30~3-1906, caso *Cie Général d'énergie radio - électrique*). En Venezuela, cabría pensar en la procedencia de la acción constitucional del amparo, por lo que respecta al restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida.



La segunda hipótesis concierne la regla según la cual "la obra pública mal plantada no se destruye". En tal sentido, en razón del principio de intangibilidad de las obras públicas, el juez común en Francia no podría ordenar la suspensión o la demolición de una obra pública construida y edificada sobre una propiedad privada, incluso si constituye una vía de hecho. En tal caso, el juez común conserva el poder de constatar la vía de hecho y condenar a la indemnización por la vía de la expropiación indirecta.

IV. CONCLUSION

Llegamos de este modo, a un punto de nuestros comentarios, en el que quizás ya convenga hacer la siguiente reflexión.

Desde una perspectiva jurídico-formal, hablar en Venezuela de la teoría general de la vía de hecho administrativa, al menos en una de sus manifestaciones más importantes, la defensa de los derechos fundamentales, sólo cobra sentido en la medida en que concebimos esa preciosa elaboración jurisprudencial, como la válvula de seguridad que permite mantener la justicia Administrativa, pese a sus graves limitaciones e injusticias, y una invitación a seguir los progresos recientes del Derecho Contencioso-Administrativo Francés, al permitirle reaccionar eficientemente ante los casos más graves, porque constituyen paradigmas de ilegalidad, con lesión grave de los bienes supremos: los derechos humanos. Tal teoría ha sido, desde su primer fallo, una creación pretoriana para evitar los casos de injusticia ofensiva o manifiesta, a cuya impunidad conducirían las reglas normales del sistema contencioso-administrativo.

Por tanto, propugnamos y creemos en la aplicabilidad, sin ambages, del carácter eminentemente declarativo y condenatorio de la vía de hecho administrativa, como institución procesal y sustantivo, a tenor del art. 206, C, necesariamente basada en el predominio del derecho fundamental a la tutela judicial frente a la Administración Pública -de carácter autónomo-, para lo cual, tomando conciencia de la inadaptación de algunos de nuestros problemas y necesidades, a soluciones de sistemas extranjeros, estos se nos presentan, más que como los modelos a imitar, como fuentes posibles de inspiración, que se pueden adaptar a las condiciones propias de nuestra situación nacional concreta en una futura reforma legislativa.

Pero también, como lo expresa *Rivero* con sobresaliente claridad en un párrafo que no me resisto a leer; los “textos y procedimientos son necesarios, pero no suficientes. Allí donde no se reúnen las condiciones políticas, económicas y sociales que aseguren el juego efectivo de los instrumentos jurídicos, éstos, solos no pueden hacer vivir la libertad. Es necesario otra cosa: la aspiración del pueblo, servido por la voluntad de los gobernantes. Esto no depende en absoluto de los juristas. A éstos les corresponde, y no es poca responsabilidad, perfeccionar los instrumentos sin los cuales los derechos del hombre, incluso oficialmente proclamados, corren el riesgo de permanecer en la esfera de los ideales en lugar de encarnarse en la vida de los hombres libres”.

Por último, se afirma hoy en día la existencia de una crisis endémica, como lo demuestra la lista de fenómenos sociales y políticos a los que está unida: guerra, rebeliones, golpes de Estado, terrorismo, etc. A esta crisis no escapa el Estado, el Derecho y aún los Derechos Humanos, lo cual es a su vez síntoma de una crisis del hombre, de la cultura y de las creencias.

**EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Y LA PROTECCION DE LOS
DERECHOS HUMANOS**



EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Por Pedro Nikken
Presidente del Instituto Interamericano
de Derechos Humanos**

Agradezco ante todo a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo por haberme invitado a participar en estas Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", no sólo porque ello me brinda el privilegio de concurrir a un evento científico de singular brillo, sino porque es un altísimo honor estar entre quienes se reúnen en estos días para expresar un justo reconocimiento a la obra que hasta ahora le ha entregado a los juristas de Venezuela y del mundo mi querido amigo Allan Randolph Brewer-Carias.

Se me ha pedido un comentario, que no es una glosa, y que por ellos más bien expresa reflexiones que surgen de un tema de amplio espectro. No se trata de recorrer el camino del conferencista sino de detenerse en perspectivas que sugiere el paisaje que nos ha descrito el Juez Piza Escalante. Para ese fin, este comentario se detendrá sobre dos puntos que, por generales, requerirán de sucesivas precisiones, pues ambicionan más observaciones puntuales que planteamientos globales. Dividiré este comentario en dos partes. La primera se referirá a la identificación del ámbito conceptual de los derechos humanos y del contencioso administrativo. La segunda será una invitación a este nutrido auditorio a pasarse por la dimensión internacional del problema.

I.

LA IDENTIFICACION DE AMBITOS ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. La vinculación conceptual

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender

atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.

En esta noción general, que sirve como primera aproximación al tema, pueden verse dos notas o extremos, cuyo examen un poco más detenido ayudará a precisar el concepto. En primer lugar, se trata de derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, son derechos que se afirman frente al poder público. Ambas cuestiones serán examinadas sucesivamente en este trabajo.

Los derechos humanos se presentan como atributos innatos de la persona humana. El fundamento de este aserto es controversial, pero la verdad es que en el presente la discusión no tiene mayor revelaria práctica. Para el iusnaturalismo la garantía universal de los derechos de la persona es vista como una comprobación histórica de su teoría. Para quienes no adhieren a esta doctrina, las escuelas del Derecho natural han sido, por lo menos, algunos de los estímulos ideológicos para un proceso histórico cuyo origen y desarrollo dialéctico no se agota en las ideologías aunque las abarca.

El reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno, acarrea consecuencias que a continuación se enuncian esquemáticamente, como lo son el Estado de Derecho, la universalidad de los derechos humanos, su transnacionalidad, la irreversibilidad de su proclamación y defensa y su progresividad. En el contexto de este comentario es útil detenerse un momento sobre el tema del Estado de Derecho.

Como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:



...la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.¹

En efecto, el poder no puede lícitamente ejercerse de cualquier manera. Más concretamente, debe ejercerse a favor de los derechos de la persona y no contra ellos.

Esto supone que el ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos. Ese conjunto de reglas que definen el ámbito del poder y lo subordinan a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana es lo que configura el Estado de Derecho.

Los derechos humanos son, en una cierta dimensión, los derechos constitucionales cuando se afirman frente al Estado, sea para reclamar que éste los respete y corrija sus propias actuaciones lesivas, sea para que el Estado disponga los medios apropiados para garantizar los derechos constitucionales cuando éstos son vulnerados o amenazados desde esferas distintas al poder público. El contencioso administrativo se sitúa en el ámbito del respeto a los derechos humanos por parte del Estado y en el de la garantía que el mismo Estado debe asegurar para la efectividad de tales derechos.

Precisamente, dentro del Estado de Derecho, el respeto a los derechos humanos impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. El deber de respeto también comporta que haya de considerarse como ilícita toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado que, en ejercicio de los atributos de los que está investido, lesione indebidamente los derechos humanos. En tales supuestos, es irrelevante que el órgano o funcionario haya procedido en violación de la ley o fuera del ámbito de su competencia. En efecto, lo decisivo es que actúe aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial como órgano o funcionario.

¹ Corte IDH., *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986. Serie AN°6, par. 21.

La *garantía* de los derechos humanos es una obligación aún más amplia que la anterior, pues impone al Estado el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance. Ello comporta, entre otros atributos

Esta distinción nos conduce a una primera precisión conceptual. El contencioso administrativo, en cuanto procedimiento judicial destinado a anular los actos administrativos contrarios a derecho, y en particular violatorios de los derechos humanos y para condenar al pago de indemnizaciones, a la reparación de daños y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, parece situarse dentro del ámbito de la garantía debida a los derechos humanos más que en el de su respeto. Sin embargo, como lo ha señalado el profesor Brewer-Carías, el artículo 206 de la Constitución no es sólo una norma atributiva de competencias judiciales sino que consagra además el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial frente a la administración. En efecto, esta disposición es la manifestación particular frente a la administración pública del derecho reconocido a todo ciudadano en el artículo 68 del Texto fundamental a la utilización de los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, así como del artículo 69 de la misma Constitución, a la luz del cual se sitúa en la jurisdicción contencioso administrativa el juez natural para resolver las violaciones de los derechos particulares por actividades ilegítimas de la administración. El derecho a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa es, pues, también un derecho autónomo, susceptible, como tal de ser violado o irrespetado.

2. La vinculación procesal

En este ámbito, que ha sido abordado ya en sus más diversos perfiles en este evento, quiero limitarme a ciertas precisiones puntuales.

Primero, todo acto administrativo que irrespete los derechos humanos está sujeto, virtualmente, a un recurso contencioso administrativo de nulidad. En efecto, según el artículo 46 de la Constitución todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo y según el artículo 19 de la LOFA, los actos de la Administración serán absolutamente nulos cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal. Tratándose de actos administrativos, dicha nulidad debe ventilarse en la jurisdicción



contencioso administrativa por imperativo del artículo 206 de la misma Constitución y dentro de las reglas procesales dispuesta por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo, el recurso contencioso administrativo de nulidad no se agota en los actos administrativos contrarios a los derechos humanos sino que abarca también a cualquier otro contrario a derecho, aun si no infringe directamente un derecho fundamental.

Tercero, los medios judiciales de protección a los derechos humanos no se agotan en el contencioso administrativo sino que comprenden también otros recursos judiciales, particularmente dentro de la jurisdicción constitucional.

Cuarto, por su naturaleza misma, los derechos humanos requieren que su violación sea corregida de manera rápida y efectiva. Así, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Subrayo: a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo. Vale decir, los derechos humanos requieren que los medios judiciales para su protección sean sencillos, rápidos y eficaces.

A la luz de esas precisiones, el contencioso de nulidad por actos administrativos violatorios de los derechos humanos, considerado aisladamente y atendiendo sólo a la cuestión de fondo, no constituye necesariamente un recurso sencillo, rápido y eficaz para amparar a la víctima de actos que violen sus derechos fundamentales. En ese contexto,

las medidas provisionales o cautelares son la bisagra de la eficacia de la jurisdicción contencioso administrativa para la protección efectiva y rápida del ciudadano contra los actos administrativos que lesionen o conculquen sus derechos fundamentales. A través de ellas puede obtenerse la protección sustantiva, aunque provisional de los derechos humanos cuya violación se ha denunciado. Como es sabido, esas medidas cautelares son, en nuestro ordenamiento jurídico, la suspensión de los efectos del acto, prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el amparo cautelar ejercido junto con el recurso contencioso administrativo de nulidad, según lo prevé la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales y las medidas cautelares innominadas autorizadas por el Código de Procedimiento Civil.

No voy a detenerme en el análisis de tales medidas cautelares sino únicamente a retener que, sin ellas, el recurso contencioso administrativo de nulidad normalmente fracasará como medio efectivo y rápido para la protección de los derechos humanos, en el supuesto de que los mismos hayan sido violados por un acto administrativo. Cabe entonces preguntarse si, en ese contexto, cabe acudir a otros medios para la defensa de tales derechos y, en particular, si la víctima tiene entonces abierta la posibilidad de acudir a los medios internacionales de protección de los derechos humanos. Esto nos sitúa ante la dimensión internacional de la lesión cuando la víctima se ve denegada la tutela cautelar en la jurisdicción nacional.

II.

LA DIMENSION INTERNACIONAL DE LA LESION

La posibilidad de acudir en ese supuesto a la jurisdicción internacional en el supuesto de denegación antes descrito plantea numerosos problemas. Voy a evocar dos de ellos, muy someramente. El primero se refiere a la regla que exige agotar previamente los recursos de la jurisdicción interna antes de acudir a la internacional. La segunda toca a las medidas cautelares o provisionales en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos

1. El agotamiento de los recursos internos

Según el Derecho internacional general, para que un Estado pueda extender su protección diplomática a sujetos de su nacionalidad, presuntamente lesionados por un hecho ilícito de otro Estado, y entablar así una



reclamación fundada sobre la responsabilidad internacional de éste, es necesario que se hayan agotado previamente todos los recursos internos para obtener la reparación del daño a nivel nacional. Es esta una antigua regla consuetudinaria según la cual se debe ofrecer siempre a los Estados la oportunidad de aplicar los mecanismos soberanamente establecidos por su sistema jurídico interno para remediar o resarcir las consecuencias de un hecho ilícito, supuestamente cumplido en perjuicio de un extranjero, antes de que el Estado del cual éste es nacional pretenda imputarle tal hecho como violatorio del Derecho internacional.

La regla del previo agotamiento de los recursos internos se ha instaurado en el Derecho internacional de los derechos humanos, como condición de admisibilidad de las denuncias o peticiones relativas a las violaciones de tales derechos ante las entidades internacionales de protección. Así lo disponen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 41.1.c)], el Protocolo Facultativo a éste [art. 5.2.b)], la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [arts. 11.3 y 14.7.a)], la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [arts. 21.1.c) y 22.5.b)], la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46) y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (arts. 50 y 56.5). También aluden a dicha regla la Resolución 1503 (XLVI) del ECOSOC y la decisión 104 EX/33 de la UNESCO.

La mayor parte de las disposiciones mencionadas refiere la regla del previo agotamiento de los recursos internos a «los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos», lo que parecería sugerir que ella cumple en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos una función idéntica a la que llena en la protección diplomática. Esta apreciación, sin embargo, no es exacta o no lo es enteramente tanto por lo que respecta a los principios en juego como por lo tocante a la práctica de las entidades protectoras, que han aplicado la regla en cuestión con un importante grado de flexibilidad.

En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos el principio se justifica por razones particulares. La protección internacional se justifica como un remedio para la indefensión de la persona frente al Estado que menoscaba, ofende o suprime atributos inherentes al ser

humano que, como tales son intangibles para el poder público. Por consiguiente, si la persona afectada no está indefensa y puede acudir a medios de protección eficaces establecidos en el Derecho interno para solventar situaciones que son *prima facie* violatorias de sus derechos humanos, es lógico que se le exija la utilización de los recursos domésticos antes de invocar la protección internacional. La moneda, sin embargo, tiene dos caras, porque la misma consideración impone que los recursos internacionales puedan usarse sin dilación cuando los internos no existen o son ilusorios.

Por otra parte, el desiderátum de todo el régimen jurídico —nacional o internacional— de protección a los derechos humanos es que los mismos sean estrictamente respetados y que, en caso de ser violados, se procure en el más breve plazo lo necesario para que el derecho o libertad conculcados sean restablecidos y para que se indemnice a la víctima y se sancione a los culpables, e igualmente, que se adopten las medidas apropiadas para prevenir la repetición de semejantes hechos. Todo ello, en la práctica, resulta más hacedero si la organización administrativa y judicial del Estado proporciona recursos eficaces para obtener los fines señalados. Es, pues, también en interés de las personas cuyos derechos se trata de proteger, que deben robustecerse los mecanismos del Derecho interno destinados a salvaguardar esos derechos.

Es importante destacar, en fin, que uno de los objetivos que persiguen las convenciones sobre derechos humanos es el establecimiento de medios de protección eficaces en el Derecho interno. En tal perspectiva, la ventaja que supone para el Estado la regla que impone agotar los recursos internos antes de acudir al contencioso internacional debe ser vista, en cierta forma, como el correlato de la obligación que está a cargo del mismo Estado en el sentido de establecer recursos internos idóneos para la protección de los derechos humanos. El deber del reclamante de agotar previamente los recursos internos está contrabalanceado por el deber del Estado de asegurar en su jurisdicción una reparación eficaz.

Todas esas circunstancias tienden a dar una fisonomía propia a la regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos, donde parece claro que su función es la de un requisito procesal de naturaleza temporal o dilatoria más que la de una condición sustantiva de la acción internacional, como ha sido



sostenido por parte de la doctrina, en especial la latinoamericana, en lo que se refiere a la protección diplomática.

En todo caso, las entidades internacionales de protección, han interpretado dicha regla con cierta flexibilidad. En la práctica de éstas, la consideración del previo agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con «los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos», no ha sido un medio para acrecentar los obstáculos para el ejercicio de la protección internacional o para trasplantar el rigor que el principio en cuestión tiene en el ámbito de la responsabilidad internacional; por el contrario, dicha expresión más bien ha servido para abrir campo a las excepciones que el propio Derecho internacional reconoce a la regla de los recursos internos, especialmente cuando éstos no existen o son ilusorios, situación esta que es precisamente la que puede reclamar una acción internacional más urgente y vigorosa para salvaguardar los derechos humanos.

Este comentario se detendrá un momento en el sistema regional. En el sistema interamericano, se han dispuesto excepciones a la regla del previo agotamiento de los recursos internos como lo son la inexistencia en la legislación interna del debido proceso legal para la protección del derecho afectado; que no se haya permitido a la víctima el acceso a los recursos internos o haya sido impedida de agotarlos; o, en fin, que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la apreciación del cumplimiento de dicho requisito ha sido al mismo tiempo *variada y flexible*. Si bien en diversos casos la Comisión ha declarado *inadmisible* una petición por no haberse agotado los recursos internos, han sido también frecuentes las situaciones en las cuales se ha limitado a *suspender* el examen de un asunto en espera de que los recursos internos se agoten en un plazo razonable, o ha decidido archivar un expediente sin *perjuicio* de reabrirlo en el futuro. Asimismo, la Comisión ha solicitado *información* adicional al gobierno afectado, al peticionario individual, o a *ambos*, sobre la utilización y agotamiento de los recursos internos².

² Teniendo en cuenta las defectuosas instituciones jurídicas de algunos Estados americanos, «salvo si de la comunicación se desprende claramente que no se han agotado los recursos del Derecho interno y no hay razón para suponer que tales recursos no existen o son ineficaces, la Comisión no declara *inadmisible* la petición por falta de cumplimiento de este requisito, sino

Especialmente reveladores son, por otro lado, los casos en que se ha considerado que el previo agotamiento de los recursos internos no es necesario o está sometido a modalidades particulares que no afectan la admisibilidad de una petición.

En determinadas situaciones la Comisión ha presumido, directa o indirectamente, la ineficacia de los recursos internos. Muchas veces esa presunción es consecuencia de otra más general, como es la contenida en el artículo 42 del Reglamento, según el cual se presumirán verdaderos los hechos denunciados si el gobierno afectado no suministra la información pertinente dentro del plazo reglamentario³. En otros casos, en cambio, la presunción de ineficiencia se refiere a las circunstancias del caso concreto, como ha ocurrido cuando el país en cuestión se encuentra en virtual estado de guerra y sus tribunales han quedado sometidos a las autoridades militares⁴, o cuando la jurisprudencia demuestra la inutilidad de un recurso contra los actos privativos de la libertad dispuestos por el Poder Ejecutivo⁵.

En un sentido análogo, la Comisión ha apreciado con amplitud las circunstancias en las cuales debe considerarse que las víctimas no han tenido acceso a los recursos internos o se les ha impedido agotarlos, cuyo único supuesto no es el de la imposibilidad absoluta, sino también el de situaciones en las cuales el procedimiento judicial muestra evidentes irregularidades o en que se haya hostilizado al abogado del afectado⁶. Lo mismo puede decirse del retardo injustificado en los procesos frente a los cuales, lejos de acoger la defensa de ciertos gobiernos en el sentido de que la litispendencia demostraba el no agotamiento de los recursos internos,

después de solicitar del peticionario como del gobierno del Estado al cual se imputa la violación toda la información necesaria para decidir con pleno conocimiento de causas». AGUILAR, A.: *Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones a los derechos humanos*, en «Derechos Humanos en las Américas», in *memoriam* Carlos Dunshe de Abranches, CIDH/OEA, 1984, pág. 206.

³ Véase *infra* pág. 251 y sigs.

⁴ Caso 1774 CIDH. Informe sobre el 32: Período de Sesiones (1974), Cit. por CANÇADO TRINDADE, op. cit. en nota número 5, pág. 27.

⁵ Por ejemplo, recientemente, Caso 8095. Res. 10/85, del 5 de marzo de 1985. CIDH, Informe anual 1984-85, OEA/Ser. L/V/II-66 doc., 10 rev., del 1 de octubre de 1985, pág. 35.

⁶ Caso 9102. Res. 29/86, del 16 de abril de 1986. CIDH, Informe anual 1985-86, OEA/Ser. L/V/II-68 doc., 8 rev. 1, del 26 de octubre de 1986, págs. 103 y 104.



la Comisión la consideró violatoria de la Convención, aunque la demora no se debiera al Poder Ejecutivo, sino al Poder Judicial, y en consecuencia censuró tales hechos⁷ o exhortó repetidamente al gobierno a tomar las medidas necesarias para solventarlos⁸.

En lo que se refiere a la carga de la prueba sobre el agotamiento de los recursos internos, quizá uno de los aspectos que revela mayor originalidad en la actuación de la Comisión interamericana, en relación con la materia que examinamos, es el que tiene que ver con la carga de la prueba, en los términos en que la misma está prevista por el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, según el cual «cuando el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar» que se han agotado los recursos internos o que se está en uno de los casos de excepción a la exigibilidad de tal requisito, «corresponderá al gobierno, en contra del cual se dirige la petición, demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados, a menos que ello se deduzca claramente de los antecedentes contenidos en la petición».

La citada disposición constituye una notable excepción general a una regla normalmente reconocida, según la cual la prueba de haber agotado los recursos internos debe ser suministrada, en principio, por el denunciante. Para fundamentarla se ha alegado, con razón, a mi juicio, la realidad de los Estados americanos, a menudo negatoria del Estado de Derecho, y en la que no pocas veces se carece de recursos apropiados para la defensa de los derechos humanos, o los existentes no son eficaces en la práctica⁹.

En conclusión, puede observarse que, por obra de los principios en juego y de la interpretación que ha inspirado la práctica de los órganos de

⁷ Caso «La Pólvora» Res. 20/83, del 4 de octubre de 1983. CIDH, Informe anual 1982-83, OEA/Ser. L/V/11-61 doc., 22 rev. 1, del 27 de octubre de 1983, págs. 137 y 138.

⁸ Caso 9058. Res. 2/84, del 17 de mayo de 1984, y acuerdo complementario del 1 de julio de 1985. CIDH, Informe anual 1984-85, cit., página 139.

⁹ Cfr. AGUILAR, A.: *Procedimiento que debe...*, cit., pág. 205. También es claro, y así lo ha subrayado la Corte Interamericana, que, según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos, está que cuando el Estado opone como defensa el no agotamiento de los recursos internos, tiene a su cargo identificar tales recursos y mostrar su eficacia. Cfr. Corte IDH: Caso *Velázquez Rodríguez* (par. 87), Caso *Codínez Cruz* (par. 89), Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales* (par. 87). Sentencias del 26-6-1987.

protección, y en Particular de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la regla del previo agotamiento de los recursos internos ha venido adquiriendo un significado propio y diferente en el ámbito de la protección a los derechos humanos.

Ella continúa siendo una defensa del Estado contra denuncias temerarias, al tiempo que constituye un remedio preventivo destinado a evitar que los órganos internacionales de protección se vean agobiados por peticiones innecesarias, que podrían ser resueltas satisfactoriamente en las instancias nacionales y que podrían entorpecer, y hasta paralizar, el trámite eficaz de los asuntos planteados ante tales entidades internacionales.

Sin embargo, la existencia y efectividad de recursos internos constituye también una obligación de los Estados cuya observancia interesa de manera especial a los seres humanos, y particularmente a las eventuales víctimas. Como ya hemos señalado, los Estados están obligados a establecer recursos eficaces que garanticen a las personas bajo su jurisdicción el respeto a sus derechos fundamentales, de modo que la inexistencia de tales recursos no configura únicamente una excepción a la regla que impone agotarlos, sino que es, además, un hecho ilícito, porque significa la inobservancia de un deber jurídico. Por ello, cuando una denuncia comprende el señalamiento de que no existen recursos internos eficaces, debe tratarse con cautela la objeción opuesta por el Estado en el sentido de que éstos no han sido agotados, ya que tal objeción podría envolver un elemento de convicción de que es cierta la aseveración contenida en la denuncia. En todo caso, sería inaceptable que la regla del previo agotamiento fuera utilizada para procurar la impunidad a la inobservancia del deber de los Estados de suministrar medios eficaces para la protección de los derechos humanos en el Derecho interno, o para detener o demorar una actuación internacional oportuna en auxilio de la víctima indefensa.

También las personas individuales se favorecen si tienen a su alcance recursos internos eficaces. El propósito del Derecho interno y del Derecho internacional debe ser el mismo, es decir, el respeto a los derechos humanos y el restablecimiento de su vigencia en caso de infracción. Ese propósito fundamental no puede ser perdido de vista en las circunstancias particulares en que se alegue que los recursos internos no existen o son insuficientes, pues, de estar bien fundado ese alegato, la puesta en marcha de la protección internacional resultaría, más que procedente, urgente.



En tal sentido, la denegación, cualquiera sea la forma en que se presente, de una medida cautelar tendiente a asegurar la protección sustantiva provisional dentro de un recurso de nulidad contencioso administrativo fundado en la violación de los derechos humanos, puede considerarse como un supuesto de agotamiento de los recursos internos, en todo cuanto tal denegación supone que el recurso pierde su virtualidad como medio sencillo, rápido y efectivo para amparar a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Todo ello induce a una aplicación flexible de la regla del agotamiento de los recursos internos, teniendo en cuenta su razón de ser en la protección a los derechos humanos lo mismo que las circunstancias particulares de cada caso. Así lo han venido haciendo, paulatinamente, los distintos órganos institucionales de protección. Se trata, con todo, de un proceso de interpretación y de consolidación de prácticas que, si bien tiene un sentido definido, está en pleno desarrollo. Sus resultados, como el proceso mismo, serán nuevamente el fruto de una transformación progresiva.

2. Medidas cautelares o provisionales en el ámbito internacional

A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como he afirmado en la primera parte de este comentario, en el ámbito interno, las medidas cautelares o provisionales pueden ser el *único remedio eficaz y rápido* para la tutela de los derechos humanos ofendidos por un acto del poder público. En ese contexto cabe preguntarse de nuevo si la víctima que se vea denegada, dentro de la jurisdicción interna una medida cautelar de la naturaleza señalada tiene medios de acceder a las instancias de protección internacional de los derechos humanos así como indagar sobre la eficacia de esa eventual gestión internacional.

En lo que respecta a la admisibilidad de una petición basada en la denegación de una medida cautelar, el asunto debe observarse a la luz del sentido y alcance que se ha atribuido a la regla del previo agotamiento de los recursos internos. En ese contexto, puede ser un obstáculo a la admisibilidad de una demanda por denegación de una medida cautelar la circunstancia de que existan recursos de apelación o de otro orden que permitan atacar tal denegación en la jurisdicción interna. Sin embargo, es posible alegar, en una instancia internacional, que la demora o retardo en

el trámite es un hecho normal en la práctica judicial, al punto que, de esperarse por la decisión de alzada, la protección ofrecida por el Derecho interno y las instituciones domésticas resultaría inútil e ilusoria y que no sería, por ello, un recurso sencillo y rápido para la protección del derecho ofendido. Como ya he recordado antes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que, en los casos de retardo en la administración de justicia, la litispendencia no es una prueba del no agotamiento de los recursos internos sino, más bien un elemento que agrava la condición de la víctima.

Por lo tanto, en el supuesto de que el recurso contra la denegación de una medida cautelar sea ilusorio o, claro está, si tal recurso no existe del todo, la regla del previo agotamiento de los recursos internos no se opone a la admisibilidad de una reclamación o petición ante las instancias internacionales, particularmente dentro del sistema interamericano. Cabe entonces preguntarse sobre la viabilidad o utilidad de una gestión de ese género.

Parece obvio que intentar semejante reclamación dentro del procedimiento normal por el que la misma se tramitaría ante los órganos del sistema regional sería probablemente inútil para obtener una medida de protección en corto plazo, habida cuenta de la complejidad y lentitud de dicho procedimiento normal. Por esa vía, a lo sumo la víctima podría obtener una decisión tardía (y no rápida y efectiva) que ordene el restablecimiento del derecho conculcado y, probablemente, sólo una reparación y la indemnización de los daños.

Cabría entonces preguntarse si pueden demandarse medidas provisionales o cautelares ante los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano en el caso de que, a causa de la denegación de una medida cautelar por los tribunales domésticos, la víctima alegue que se ha visto privada de su derecho a un recurso *sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* para proteger sus derechos constitucionales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no atribuye directamente a la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* competencia para adoptar medidas provisionales. Sin embargo, según el artículo 41.b de la misma Convención, la Comisión si está facultada para



“formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estado Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, *al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos*”.

Con base en la última parte de la disposición citada e interpretando de manera amplia su competencia, la Comisión ha sancionado en el artículo 29 de su Reglamento lo siguiente:

1. La Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.
2. *En los casos urgentes, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Comisión podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consume el daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados.*
3. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaria con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 anteriores. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión, y la comunicará inmediatamente a sus miembros.
4. El pedido de tales medidas y su adopción no prejuzgarán la materia de la decisión final.

Por consiguiente, la Comisión está virtualmente facultada para adoptar medidas cautelares de cualquier género (innominadas) para evitar daños irreparables a las personas. El Reglamento no distingue respecto del órgano o entidad del que la violación o amenaza de violación emanen ni, por lo tanto, sobre el destinatario final de las medidas cautelares. Por consiguiente, no hay nada *a priori* que se oponga a que tales medidas sean decididas cuando la denegatoria de una cautelar interna pueda causar tales daños irreparables.

Sin embargo, tanto por sus antecedentes y su práctica, por una parte, como por el efecto de sus decisiones, por la otra, la eficacia de la actuación de la Comisión en estos supuestos es limitada. Históricamente, la disposición reglamentaria comentada se origina en acciones urgentes adoptadas por el Presidente, e incluso la Secretaría, de la Comisión frente a decisiones

del gobierno, y particularmente de los organismos de seguridad del Estado o de entidades paramilitares, que amenazaban de manera inminente la vida, la integridad, la seguridad o la libertad de una persona de manera arbitraria y, normalmente, bajo un régimen de facto. Se ha tratado de gestiones cumplidas a nivel de las cancillerías o, en ocasiones, de la misma Jefatura del Estado que, si bien han estado encaminadas a salvaguardar derechos fundamentales, se han cumplido dentro de un contexto próximo a la mediación política o diplomática, frente a situaciones dependientes en lo esencial de las altas esferas de gobierno. Es difícil imaginar cómo podría cumplirse eficazmente una gestión semejante ante el supuesto de una decisión de un tribunal nacional que rechace una solicitud de medida cautelar dirigida a la protección a un derecho constitucional. Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es un órgano jurisdiccional y sus decisiones no son vinculantes para los Estados Partes en el Pacto de San José, ni comprometen su responsabilidad internacional.

El asunto puede tener un tratamiento más interesante en el ámbito de la competencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, que si tiene atribuida competencia específica para dictar medidas provisionales. En efecto, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Nuevamente se está frente a una previsión de medidas cautelares innominadas, que no distingue respecto del órgano o entidad del que la violación o amenaza de violación emanen ni, por lo tanto, sobre el destinatario final de las medidas provisionales. Hay ciertos requisitos de fondo, como lo son la extrema gravedad de la amenaza, la urgencia en subsanarla y su necesidad para evitar daños irreparables a las personas. Se define también un contexto procesal: la Corte sólo está facultada para dictar medidas provisionales de oficio respecto de los asuntos que esté conociendo; pero si se trata de caso que aún no le han sido sometidos, únicamente puede dictar tales medidas a instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Desde luego, debe



haberse cumplido con el requisito de que el estado afectado haya aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea en general, sea para ese caso en particular.

Cabe destacar que, en este supuesto, se está frente al ejercicio de una función jurisdiccional la cual, aunque no puede tener como efecto la suspensión o la ineficacia de una decisión judicial de un tribunal nacional, sí es vinculante y de obligatorio cumplimiento para el Estado al cual va dirigida, cuya responsabilidad internacional, por violación del Pacto de San José, quedaría comprometida si no adopta las medidas apropiadas para darle cumplimiento.

No existen antecedentes en esta materia, pero no es inimaginable el supuesto en que el recurso a medidas provisionales en el ámbito internacional pueda ser procedente y útil si se niegan cautelares por los tribunales domésticos. La situación de los civiles sometidos arbitrariamente a la jurisdicción militar podría ser el punto de partida de una acción en ese sentido. La Corte Suprema de Justicia ha brindado protección en muchos casos en los que se ha configurado ese supuesto; pero no está demás evocar lo que, en otras circunstancias, puede ser un medio válido y útil, aunque hasta ahora inédito, de extender el alcance de la protección internacional de los derechos humanos.

Hasta aquí este comentario, que no quiero cerrar, sin embargo, sin una nueva alusión al sentido de estas jornadas. Son, es cierto, un evento científico; pero tienen también la enorme connotación de ser un acto de reconocimiento a Allan Randolph Brewer-Carías. Su enorme contribución a la literatura jurídica venezolana, su fructífera dedicación a la cátedra universitaria y a la investigación científica, su contribución decisiva a la reforma del Estado y a la descentralización, le han asegurado ya la gratitud de la sociedad entera y un puesto en la historia contemporánea de Venezuela. Cumplir este acto de reconocimiento cuando Randy se encuentra en la plenitud de su producción intelectual será, estoy seguro, no sólo un acto de justicia sino un estímulo para que lo mejor de su obra se construya en el porvenir. La educación, la difusión de la cultura, la producción intelectual, la entrega a los demás de los resultados del propio talento y del propio esfuerzo, son, al fin y al cabo, actos de amor... Y amor, con amor se paga. Por eso, también estamos todos nosotros aquí.

**PREENFORCEMENT JUDICIAL REVIEW
OF ADMINISTRATIVE RULEMAKING:
SOME LESSONS FROM RECENT
AMERICAN EXPERIENCE**



**PREENFORCEMENT JUDICIAL REVIEW
OF ADMINISTRATIVE RULEMAKING:
SOME LESSONS FROM RECENT AMERICAN EXPERIENCE (*)**

**By
Jerry L. Mashaw
Sterling Professor of Law Yale University**

**I.
INTRODUCTION**

As late as the presidency of John F. Kennedy Americans' principal image of federal administrative action was the adjudication of a case - a prosecution by the *Federal Trade Commission*, an enforcement action by the *National Labor Relations Board*, a licensing proceeding before the Federal Communications or *Federal Power Commissions* or a rate proceeding at the *Interstate Commerce Commission*.¹ Thirty years later, when Americans think of "regulation" they tend to think of the adoption of general rules concerning workplace safety by the *Occupational and Safety Health Administration*, or of rules governing air or water quality by the *Environmental Protection Agency*.² Nor is rulemaking the exclusive province of post-*New-Frontier* agencies designed with that regulatory

(*) This paper is a substantially revised version of an article entitled "Improving the Environment of Agency Rulemaking: An Essay on Management, Games and Accountability", 57 DUKE L.J. 185 (1994).

1. Thus when Judge Henry FRIENDLY gave his influential Holmes Lectures, H. FRIENDLY, *The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards* (1962), his title defined a problem to which his answer was a clearer enunciation of agency policy in the course of rendering adjudicatory decisions.

2. Here again Judge FRIENDLY provides an instructive example. Eleven years after his exhortation to agencies to announce standards in adjudication he reversed a decision of the National Labor Relations Board doing just that on the ground that the rulemaking process was a superior vehicle for policy development than it was an abuse of discretion for the Board to announce new policies via adjudication. *Bell Aerospace Co. v. NLRB*, 475 F.2d 485 (2d Cir. 1973), reversed *NLRB v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267 (1974).

technique prominently in mind. The politically salient activities of old line agencies — Federal Trade Commission regulation of charm school and funeral home practices or Federal Power Commission deregulation of natural gas pipeline prices — often feature rulemaking rather than adjudication.

This "paradigm shift" was in part evolutionary, but it also contained critical elements of conscious redesign of the American administrative process. Regulatory reform movements in the 1960's emphasized rulemaking and extolled its virtues of efficiency, fairness and political *accountability*. While Kenneth Culp Davis may have been more hyperbolic than most in characterizing rulemaking as "one of the greatest inventions of modern government",³ he was hardly alone in the belief that a shift from adjudication to rulemaking would reenergize federal policymaking, while simultaneously making it more rational and more democratic.

Today's reformers tend to view rulemaking by federal administrative agencies more as a problem than as a solution. From one perspective rulemaking is a problem precisely because it has been the instrument by which large, previously unregulated, sectors of the economy have been subjected to costly federal edict.⁴ Regulatory reform from this perspective lies precisely in reducing the reach of rulemaking authority and in making it subject to a realistic appraisal of the costs and benefits of governmental intervention.

From a different substantive or political perspective rulemaking is equally strenuously criticized as having failed to live up to its promise. The brave new agencies of the 1960's and 1970's may have imposed many costs on society, but they have made only halting progress toward the safer and healthier world that was then envisioned. Regulatory program after regulatory program is years, if not decades, behind in completing (sometimes addressing) its announced or statutorily mandated agenda.

3. K. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, § 6.15 (1st ed. Supp. 1970).

4. Perhaps the most famous of these critiques was Murray WEIDENBAUM'S estimate that the yearly costs of federal regulation were more than one hundred billion dollars. M. WEIDENBAUM, *On Estimating Regulatory Costs*, 2 *Regulation* 14 (May/June 1978). The estimate was hardly non-controversial. See M. GREEN & N. WAITZMAN, *Business War on the Law* 33-40 (1981) (detailing the empirical flaws of Weidenbaum's calculation).



The older commissions that experimented with rulemaking in the 1960s and 1970s as a response to charges of inefficiency, unfairness and lack of accountability, have largely returned to their more familiar adjudicatory processes. The machinery of federal rulemaking is widely viewed as so creaky and accident prone that administrators will resort to almost any other technique to attempt to get their jobs done.⁵

Although to some (perhaps a large) degree these competing visions describe a dispute about policy or politics, a dispute in which the troubles with "rulemaking" or "the regulatory process" are really procedural placeholders for some substantive disagreement; there is also a sense in which the two sets of critics perceive a common problem. While pro-regulation forces are constant in their calls for a more effective and timely rulemaking process, deregulators often have a similar interest.⁶ The rulemaking processes of regulation are also the policy processes by which deregulation might be, sometimes must be, pursued. Thus pro-regulatory laments concerning the inability of the Occupational Safety and Health Administration to generate rules regulating the large number of toxic substances found in American workplaces finds a mirror image in deregulatory frustrations concerning OSHA's torpidity in revising archaic, but statutorily mandated, rules adopted twenty years ago. EPA may have missed hundreds of deadlines in issuing rules to protect the environment, but a regulatory process that drives the Federal Energy Regulatory Commission to virtually abandon its initiatives to reintroduce competitive market discipline in energy pricing is no friend of "deregulation" either. If policymaking by rule has become moribund or "ossified" as some have argued,⁷ there is a need to reconsider the structure of agency rulemaking as a mechanism of American administrative governance, quite apart from that mechanism's substantive effects in particular instances.

This essay will first review some of the standard legal, political science and management literature that has addressed the problem of agency rulemaking. Commentators have developed both "external" (constraints

5. See e.g., A. SCALIA, *Back to Basics: Making Law Without Making Rules, Regulation*, July/August 1981, at 25.

6. See M. GARLAND, *Deregulation and Judicial Review*, 98 *Harv. L. Rev.* 507 (1985).

7. See generally T. MCGARITY, *Some Thoughts on "Deossifying" The Rulemaking Process*, 41 *Duke L.J.* 1385 (1992).

by external forces) and "internal" ("bad management") accounts of why administrative rulemaking has failed to fulfill the aspirations that the political process seems to have held for it. Deploying some standard "game theoretic" techniques, this essay will focus on one external hypothesis: that rulemaking by American administrative agencies is often sharply curtailed by legal controls via judicial review. Game theory dramatizes the power of external legal controls on the administrative process. More importantly the standard understandings of "the problem" besetting agency rulemaking and its solutions look very different when approached from the strategic perspective that game theory provides.

To summarize the argument, most American legal and policy debates about judicial review of agency action have revolved around who could seek review, what could be reviewed or how review should be focussed or substantively constrained. A game theoretic analysis, combined with the consideration of the likely efficacy of other reform approaches, suggests, by contrast, that when review can be sought may be the most important question to consider.

II. THE RETREAT FROM RULEMAKING AND ITS CAUSES

The past decade's case study literature on the performance of America's administrative agencies details an agency by agency retreat from rulemaking. In an earlier book, for example, *The Struggle for Auto Safety*, David Harfst and I conclude:

"NHTSA's regulatory behavior can be described concisely. Established as a rulemaking agency to force the technology of automobile safety design... NHTSA's promulgated rules ... have had extremely modest effects in forcing the development of innovative safety technology. The rules that have become operational have required already-developed technologies, many of which were in wide-spread, if not universal, use in the automobile industry at the time of the standards' promulgation. Since the mid-1970s, NHTSA has instead concentrated on its statutory power to force the recall of motor vehicles that contain defects related to safety performance. It has retreated to the old, and from the reformist perspective, despised form of legal regulation — case-by-case adjudication — which requires



little, if any technological sophistication and which has no known effects on vehicle safety."⁸

Similar stories are told across the spectrum of consumer health and safety agencies.

Terrence Scanlon describes the CPSC as "easing itself out of rulemaking, [and] learning to use its adjudicatory powers to achieve the same results."⁹ Shapiro and McGarity note that the Occupational Safety and Health Administration, established in 1970, has completed only 24 substance specific health regulations and has no worker protection standards, or inadequate ones, for more than one half of the 110 chemicals that the National Cancer Institute regards as confirmed or suspected carcinogens in work places.¹⁰ The litany continues at other types of agencies, ranging from the Federal Energy Regulatory Commission,¹¹ to the Federal Trade Commission¹² to the EPA.¹³

It is, of course, possible that the case study literature misdescribes contemporary rulemaking in general, or that the abandonment of rulemaking is a matter of modest concern given the alternative techniques that agencies may use to enunciate policies and implement programs. Neither of these happy conclusions, however, seem to be able to withstand serious analysis.

A look at federal statutory requirements and the staffing of federal administrative agencies would suggest that rulemaking is now a more

8. J. MASHAW and D. HARFST, *The Struggle for Auto Safety* 10- 11 (1990).
9. T. SCANLON and R. ROGOWSKY, *Back-Door Rulemaking: A View From the CPSC*, Reg., July/August, 1984 at 27.
10. S. SHAPIRO and T. MCGARITY, Reorienting OSHA: Regulatory Alternatives and Legislative Reform, 6 *Yale J. on Reg.* 1 (1989).
11. R. PIERCE, The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s, 43 *Admin. L. Rev.* 7 (1991).
12. B. BOYER, The Federal Trade Commission and Consumer Protection Policy: A Postmortem Examination, in *Making Regulatory Policy 93* (K. HAWKINS & J. THOMAS eds., 1989).
13. Symposium: *Assessing the Environmental Protection Agency After Twenty Years: Law, Politics, and Economics*, 54 *Law & Contemp. Probs.* 1 (1991).

important technique than ever before in the effectuation of legislation programs — whether those programs be programs of regulation or deregulation. The statutory demand for regulatory action is continuously increasing, while the personnel and resources available to regulatory agencies are in decline. Because it is well known that formal adjudication is a much more labor-intensive technique for policy formulation and implementation than is rulemaking, it hardly seems likely that agencies can be taking up the slack by moving from rulemaking to adjudication. In many cases agencies cannot legally accomplish the same things by adjudication that they can by rulemaking. While the FTC might well be able (resource constraints aside) to do most things that it could do by rulemaking through a formal adjudicatory process, the same is not true for the EPA or for the National Highway Traffic Administration.

Moreover, the other techniques for making and implementing agency policy without rules or formal adjudications have unhappy consequences for values that Americans hold dear: political oversight and the rule of law. Such techniques involve what is known colloquially in the U.S. as the "informal" regulatory process. Here agencies attempt to work their will through raised eyebrows, negotiations, after dinner speeches, and, importantly, concessions to those who have the power to force them into more formal modes of action. In short, the loss of rulemaking efficacy is potentially a real loss, not just in policymaking capacities, but also in the transparency and accountability of regulatory agencies for the policies that they adopt and implement.

These observations lead to an obvious question: If the retreat from rulemaking has dire consequences, why are agencies engaging in a process of reinventing themselves that reduces their efficacy? And, why are political and legal controllers permitting this process to continue given its unhappy consequences for regulatory efficacy, political accountability, and the rule of law?

Generally speaking there are two classes of answer to this question. One focusses on the internal agency process and its managerial competence. In short form the answer is that the rulemaking process is imploding because agencies are badly managed.



This explanation cannot be ignored totally. Good management beats bad management, and virtually no one believes all agencies, or private firms for that matter, are well-managed. For several reasons, however, we will not pursue this "internal hypothesis". First, the current state of our knowledge concerning the efficacy of particular managerial techniques is quite limited. In a recent, unpublished survey of the literature on the management of rulemaking, Cornelius Kerwin, Dean of the School of Public Affairs at American University concludes that "existing case studies are better at identifying what their authors consider shortcomings in the management of rules than at establishing which structures and techniques materially improve rulemaking."

Second, few scholars in the field of organizational theory believe that there is a single best way to organize and manage bureaucratic undertakings whether public or private. General recommendations or conclusions tend to be poorly supported, subject to so many exceptions that they provide little guidance, or bromides that do little more than repeat the conventional wisdom. The first three conclusions in a "managerialist" study of agency rulemaking done for the Administrative Conference of the United States¹⁴ are illustrative:] Conclusion one, for example, states "structural reorganizations frequently do not result in any fundamental improvement to internal systems." This statement is poorly supported by the study. It is based on one episode. Moreover, it seems to contradict the only strong recommendation the study makes, that the "team" structure is the only effective one for the rulemaking process. Both statements cannot be correct — at least at the same place and time.

The second conclusion is that "an adversarial atmosphere often develops among technical experts, legal counsel and other staff offices working together on a regulatory project." In one sense this is a bromide — it is well understood that professional roles and institutional roles create conflicting perspectives. The implicit suggestion, however, is that "adversariness" is an ill to be avoided. Which, of course, is true — except to the extent that adversariness is needed in order to plumb the depths of particular policy issues and ensure that agency processes do not become exercises in "group think". In short, organizations should have enough adversariness, but not too much.

14. F. EMERY, *Rulemaking as an Organizational Process* (report prepared for the ACUS, 1982).

Conclusion three states "to ensure accountability, federal agencies frequently retain signature authority at the higher levels. This results in inefficiency and staff/line coordination problems." Perhaps. But, as the first phrase of the conclusion states, retaining high-level authority ensures accountability. There is a trade-off here and the conclusion tells us little about how to deal with it.

Indeed, one might imagine these three conclusions as giving an agency rulemaking manager the following advice: "Don't bother with structural reorganizations; avoid adversariness and decentralize decisionmaking (is this not structural?) in order to increase efficiency." A particular manager might sensibly respond "I intend to reorganize my agency to preserve my authority and to ensure adversarial presentation of differing opinions. Why? Because, given my agency's external environment, ensuring accountability is the most critical managerial issue that I face and, believe me, I am going to be held personally responsible for whatever policy emerges".

In short, as my hypothetical agency manager's response suggested, internal structure may well be a function of the external environment. When one looks inside an agency and finds certain internal conditions that seem dysfunctional in pursuing the agency's rulemaking task one may be looking at simple bad management. Or, one may be looking at a response to some external stimulus or requirement. Because agencies must structure themselves and operate internally in order to succeed or survive in the external environment, this latter explanation will often be promising. Indeed, the ACUS study's third conclusion, by referring to accountability, recognizes the influence of external factors on internal arrangements.

I am perhaps predisposed to view internal structure and operation as responsive to external constraints. Harfst and I describe in great detail the ways in which the power structure and rulemaking processes within the National Highway Traffic Safety Administration were reshaped over the course of two decades to protect the agency against external threats. In the process lawyers and economists achieved at least parity with, and perhaps dominance over, safety engineers. That these changes thwarted the rulemaking process and shifted the agency's enforcement strategies toward a recall regime having little safety payoff was not the result of "bad



management". These internal changes were necessary in order that the agency could survive in its political and legal environment. And, the threatening nature of that environment for other agencies seems to be well documented by case studies of other agencies. If one wants to improve rulemaking performance one would do well to attend first to external environmental factors.

1. **Judicial Review**

For a number of commentators judicial review is a prime suspect in forcing the abandonment of rulemaking by American regulatory and other agencies. Losses in court because of uncertainties concerning the "practicability" of its rules has made NHTSA cautious about using any safety technologies that are not already "road-tested". This has been particularly debilitating for an agency whose statutory mission is to "force the technology" of automobile safety.

In addition, the courts' insistence on responsiveness to outside commentators has caused NHTSA to structure a highly interactive, and therefore time-consuming, rulemaking process. Delay in turn affects outcomes. Remands of certain crucial rules have altered the political timing of the agency's policy development. Rules that might have been successful at one period have become impossible to promulgate and implement as administrations and congressional personnel change. The willingness of the courts to second guess the agency has also reinforced the adversarial posture of parties who would be adversely affected either by the agency's rules or by its inaction or vacillation. This view is supported in part by other NHTSA observers,¹⁵ and similar complaints about judicial review are echoed by other commentators with reference to the FTC, FERC and the EPA.

While some commentators argue that some courts are simply too strict with respect to some agencies in reviewing their rules, most seem to argue that the real impediment created by judicial review is uncertainly. Because the courts are relatively uninformed about what is important among the many issues thrown up by parties seeking review of a rule, and because they are technically and scientifically unsophisticated in analyzing the

15. See S. BREYER, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 *Admin. L. Rev.* 363, 393 at note 93 (1986).

issues that they perceive to be critical to a rule's "reasonableness", the perception in the agencies is that anything can happen. This produces defensive rulemaking, if not abandonment of the rulemaking process.

2. Thinking About Reform

Judicial Review is clearly not the sole external contributor to the "ossification" of rulemaking. Moreover, the American legal system is deeply attached to judicial review of administrative action as a means of attempting to ensure both legality and political accountability. Americans want the judiciary to reign in arbitrary or nonauthorized administrative action and we view the opportunity for judicial review as a major guarantee of the openness, and hence the political accountability, of the administrative process. Stamping out judicial review is not a sensible or politically viable idea. Reform instead requires a normative vision of how agency rulemaking should function and a strategic vision of how judicial review can be made to support, rather than retard, pursuit of that vision.

A normative vision that fits the practices of American administrative law is not very difficult to articulate. The development of agency rulemaking processes over the past 25 years highlights two major concerns: (1) that rulemaking be structured to provide fair opportunities for participation by affected interests and (2) that it produce reasonable policy choices given the legislator's goals and the relevant facts (however complex and uncertain these may be). Built into these notions of fairness and reasonableness are subsidiary norms of timeliness and resource conservation. A process too long-delayed or too expensive may become both unfair and unreasonable.

How should the external environment be structured to promote a fair and reasonable rulemaking process? Once again abstract description is easy. Private participants should have equal access to decisionmakers and use that access to inform the agency concerning both "the facts" and the proper contextual understanding of the goals that the particular program should promote. External political institutions (Congress and the Executive) should seek to assure both diligent implementation and that the pursuit of particular programmatic missions do not become ends in themselves — so disconnected from broader understandings of the place of the program in overall societal values that they produce unreasonable results.



Legal review by the courts should assure that the authority exercised is authority legitimately conferred, that it is neither misused nor neglected, and that the basic norms of participatory fairness and substantive non-arbitrariness are respected.

The challenge, of course, is to design the procedural and institutional mechanisms that will facilitate this ideal external environment without simultaneously encouraging the abusive use of multiple mechanisms for external influence or control. How can checks and balances be established without creating "obstacles" instead? How can one deal with the all-too-obvious tendency of seriously affected parties to manipulate these needed external constraints for personal or partisan advantage? Or to put the matter more cheerfully, how can private interest be harnessed to the public purpose of a fair and reasonable rulemaking process?

This last, more positive, formulation of the institutional design issue may provide some analytic purchase on the problem. In short if Americans reformers think like public choice analysts, who would view "abuse" of the rulemaking process as a natural outgrowth of private interests, the problem has been recharacterized as a problem in the structure of incentives. Somehow procedures and institutional relationships must be restructured such that the incentives to exert influence by information and persuasion are maintained, as are checks on legality and political "tunnel vision", while opportunities for strategic obstructionism are eliminated. Not so easy, as any institutional architect knows. But, while incentives hardly translate directly into behaviors, careful attention to the incentives built into current arrangements might reveal potential improvements. Some opportunities for abuse may be available without simultaneously losing the valuable checks and balances that judicial review of rulemaking provides.

III. A GAME-THEORETIC ANALYSIS OF JUDICIAL REVIEW

Game theory is a subdiscipline in mathematics and economics which seeks to model the way in which choices should be made by rational actors, that is, actors who are seeking to maximize their own returns given available

alternatives.¹⁶ There is no claim by game theorists that actors will necessarily behave rationally. The game theoretic structure merely makes clear what an actor's incentives are and how that actor might maximize its expected returns.

Obviously when deciding whether to bring a legal action or whether to comply with an agency regulation a regulated party may not behave in accordance with a simple game theoretic structure. Hence, for example, a party who objects ideologically to any and all regulation might have very high negative payoffs to compliance, whereas a party that prides itself on being a "good citizen" might have high negative returns from resistance to regulatory requirements, even when it believes these requirements illegal. The illustrations that follow do not attempt to capture these sorts of preferences, although in most cases the game structure could be modified to take account of them. Instead, the analysis concentrates on more straightforward economic costs and benefits that are assumed to influence the modal person or firm.

1. To Comply or Not to Comply.

Imagine for illustrative purposes that we are considering a regulation by the National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) which requires that certain equipment be included in new passenger cars. Under current American law (the National Motor Vehicle Safety Act) such a regulation is immediately appealable to a court of appeals. Because NHTSA regulations almost always allow significant lead times for compliance, failure to comply pending an immediate appeal will usually impose no costs on the manufacturers. The question for the manufacturers then is whether to begin immediately to work toward compliance or to challenge the rule in court.

To simplify matters further the analysis will ask first only whether a manufacturer will comply or not. It will then consider whether the manufacturer will bring an action to seek to invalidate the rule. The two questions are obviously connected, because if the rule remains in effect a

16. For an accessible introduction see E. RASMUSEN, *Games and Information: An Introduction to Game Theory* (1990).



noncomplying manufacturer will at some point begin to incur penalties. For present purposes, however, we assume that some firm will attack the rule and that during the pendency of that action there will be no penalties for noncompliance. Because there are no penalties for noncompliance, the strategic situation is not one in which the manufacturers view themselves as in a "game" with the federal agency. The important question for them, instead, is what their competitive position will be viz a viz other manufacturers should they comply or not comply with the rule.

Preenforcement Review Game Number One illustrates this competitive situation. It makes the following assumptions: Compliance is costly and costs are relatively uniform. Here we assume that there is a compliance cost of five for each model year. There is a further cost of two if the manufacturer is the only one to comply, because that manufacturer's costs and prices will go up relative to its competitors and it will lose some market share. These numbers are arbitrary, but the structure of the current game does not make that important so long as no manufacturer receives benefits from compliance. The direct costs of compliance have been made greater than the market share losses from sole compliance because that represents the usual structure of demand elasticity in the automobile market — manufacturers do not lose a dollar in revenues for every dollar in increased price of their automobiles.

Preenforcement Review Game #1

- Assumptions:** Appeal stays enforcement
 Compliance costs = 5 for each time period
 Sole complier loses additional 2 in market share

		Chrysler (others)	
		Comply	Not Comply
General Motors	Comply	-5 / -5	-7 / 0
	Not Comply	0 / -7	0 / 0

Payoff (G.M., Chrysler or others)

Looking at the two by two game set out in the table it is not hard to see where G.M. and Chrysler (who is a placeholder for the other members of the industry) will end up. No one will comply. The lower right hand quadrant is what is called a "dominant strategy" for each player. This is the action that each player will take no matter what the other player in the game does. To be sure, G.M. would prefer to be in the lower left-hand quadrant and Chrysler in the upper right hand, but competitors have no reason to give each other the satisfaction of complying and losing market share when noncompliance is costless. It would appear that with preenforcement review no manufacturer would ever comply prior to the compliance deadline. Presumably they would always seek judicial review because suit at least delays, and may eliminate, the need to comply.

2. But Will They Sue?

The assumption that manufacturers will always sue, however, is unrealistic. To be sure it is always in a manufacturer's interest for someone to sue, but it is in the interest of each manufacturer not to be the manufacturer who does sue. If someone else sues, all manufacturers get the benefit of the litigation (assuming it is carried out competently), and only those who join the litigation as parties will have to pay for it. This is a classic "free rider" problem in which everyone wants to free ride on somebody else's effort. This is the same idea that motivates much of interest group theory's predictions concerning the differential success of groups in political markets.¹⁷ In some circumstances the free rider aspect of the situation will mean that no one will sue. How likely is that result? The answer is not very likely, and for a number of reasons. First, this free rider problem can be solved by creating an industry association that will bring suit on behalf of everyone. If there is a pre-commitment to the association sufficient to give it litigating funds the free rider issue is solved. Also, in industries like the automobile industry where there are few manufacturers and top executives are well-known to each other, there are significant social (and perhaps ultimately economic) costs to welching on one's fair share of expenses necessary to promote the "common good" of the industry. Finally, even in the absence of an effective association or social pressure the likelihood of suit is quite high. The point emerges from a new and

17. Here the basic arguments parallel M. OLSON, *The Logic of Collective Action* 53-65 (1971).



somewhat more realistic game, the Who Will Sue Game. In this game compliance costs remain equal to five and litigation costs are assumed to be at most twenty percent of compliance costs. In addition there is an assumed probability of .5 that a court will declare the rule invalid. Recent American experience suggests that this is not an unrealistic probability.

Who Will Sue Game

- Assumptions:**
- Preenforcement review with stay of enforcement
 - Compliance costs = 5
 - Litigation costs = 1
 - Probability rule invalid on preenforcement review = .5
 - Probability Agency will enforce if no one sues or complies = 1.0

		Chrysler (others)	
		Sue	Not Sue
General Motors	Sue	1.5 / 1.5	-7 / 0
	Not Sue	3.0 / 1.5	-5 / -5

Payoff (G.M., Chrysler or others)

The logic of the payoffs in the table is just this: If a manufacturer sues it will pay litigation costs of one but will avoid compliance costs of 2.5, that is, compliance costs of five multiplied by the probability that the rule will be held invalid. Hence, the total payoff from immediate suit is 1.5. Obviously the manufacturer is better off if someone else sues, but it does not. In that scenario it gets the 2.5 avoidance of compliance costs and also avoids paying its share of the litigation costs (in a two-manufacturer world: $1 \div 2 = .5$). If nobody sues the payoff for everybody is -5, the compliance costs.

Given this set of payoffs the outcome of the game is indeterminate, but the probability of suit is quite high. No player has a dominant strategy. G.M. would like not to sue if Chrysler is going to sue, but G.M. does not know whether Chrysler will; and *vice versa*. G.M. and Chrysler would like to bluff each other into suing while not suing themselves. However, given

that each is better off if it sues than it would be if no one sues, it is rational for each to bring suit. But, in order to maintain credibility or "face" for future bluffs there is also some possibility that neither will sue even though it would be individually rational for them to do so. Predicting what a "rational actor" would do is not so clear.

There is, however, a mathematical equilibrium to the game. Indeed, there are three. If one or the other sues, then its competitor need not. The firms in these cases end up in either the lower left or upper right hand quadrants. These are stable positions once reached; neither player could individually change its mind and make itself better off. Of course, both could sue out of solidarity, pre-commitment or stupidity, but this is not a stable equilibrium because either could withdraw and make itself better off. Because both parties know all this *ex ante* the best strategy for each player, i.e., the strategy that has the highest expected value, is a randomized approach that has each manufacturer sometimes sue and sometimes not. Whether a party sues or not does not have to be "random" in the statistical sense so long as it is not predictable by the other party. It is also possible to calculate the probability that some firm will bring suit. The probability is quite high — 96%.¹⁸

The incentives created by immediate preenforcement review of rules are fairly straightforward. If there are no penalties for noncompliance, it is in no one's interest to comply. And, even with a free rider problem, the chances are extremely high that litigation will ensue. From this vantage point it is not difficult to see why American regulatory processes have become so adversarial and litigious.

Moreover, the discussive thus far has considered only suit by regulated parties. But, under American law, beneficiaries may sue as well, if they think that the rule is too weak. The structure of the games beneficiaries play should be similar to that modelled for regulated parties. Beneficiaries have immediate losses from their failure to achieve greater protection by a stronger rule that give them incentives to sue. These incentives are symmetrical to the incentives given regulated parties to avoid compliance costs. If we assume that on average benefits equal costs and that litigation

18. Let G = Prob. G.M. sues and C = Prob. that Chrysler sues. If GM is to be willing to mix in equilibrium, it must find the two alternatives over which it is mixing (randomizing) equally desirable; that is, its expected profit from suing, $1.5C + 1.5(1-C)$, must equal its expected profit from not suing, $3.5C + (-5.4(1-C))$. Solving this equation yields $C = .79$. By a symmetrical argument, $G = .79$ as well. Hence the probability of at least one suit is .96 (1-.212).



is equally costly for each side, then the games are identical, and the beneficiaries game yields a similar 96% probability one of them will sue if the rule is recognized as weak. And, of course, the rule could easily look both too weak to beneficiaries and too strong to regulated parties.

We know, of course, that the chances of suit cannot be over 100%. The chances that a beneficiary group or regulated party will sue must, however, approach that probability because the "review or not game" between beneficiaries and regulatees should look very much like the basic Preenforcement Review Game #1. Not challenging a "compromise" rule may be the best cooperative result, but it is not a dominant strategy if the "payoffs" to regulated and benefitted parties of overturning the rule are equivalent. And, indeed, many rulemaking review cases in American law involve consolidated suits by both beneficiaries and regulated parties.

3. The Power of Penalties

The game theoretic situation changes drastically if there is a penalty for noncompliance pending the determination of the validity of a rule. Preenforcement Review Game N° 2 alters the situation of Preenforcement Review Game N°1 simply by adding a penalty that is sufficient to deter, that is, that exceeds the gains from noncompliance. Because compliance costs are five and market share losses from sole compliance are two, the penalty would have to be more than seven to provide a deterrent. With this structure of payoffs, the dominant strategy in the game shifts from the lower right hand corner to the upper left hand — everyone complies.

Preenforcement Review Game #2

- Assumptions:** Appeal does not stay enforcement
 Compliance = 5
 Market share loss from sole compliance = 2
 Penalty = 8

		Chrysler (others)	
		Comply	Not Comply
General Motors	Comply	-5 / -5	-7 / -8
	Not Comply	-8 / -7	-8 / -8

Payoff (G.M., CHRYSLER or others)

But once again, this game is too simple. First, it is not certain that the penalty will be incurred. After all, the rule might be declared invalid and no penalty would be due. At the very least we need to modify the game to reflect the probabilities of success on appeal. Moreover, success on appeal in this game may be more complicated than the situation describes in the Who Will Sue Game. It seems likely, given the payoffs in Preenforcement Review Game #2, that some member of the industry will comply rather than suing. And, in the face of compliance, a substantial number of legal arguments concerning the validity of the rule will lose credibility. Many attacks on agency regulations in American courts are based on their "unreasonableness." The American Administrative Procedure Act requires that agency actions not be arbitrary and many specific statutes emphasizing agencies to make rules demand that they be "reasonable". By "unreasonable" or "arbitrary" the parties seeking judicial review often mean that a rule requires conduct that is technically infeasible or unreasonably costly. Neither of those grounds will be very plausible to a reviewing court in the face of compliance by one of the regulated parties. Hence, the probability of success changes if someone complies. The question of whether to comply or sue becomes a more complex, probabilistic issue.

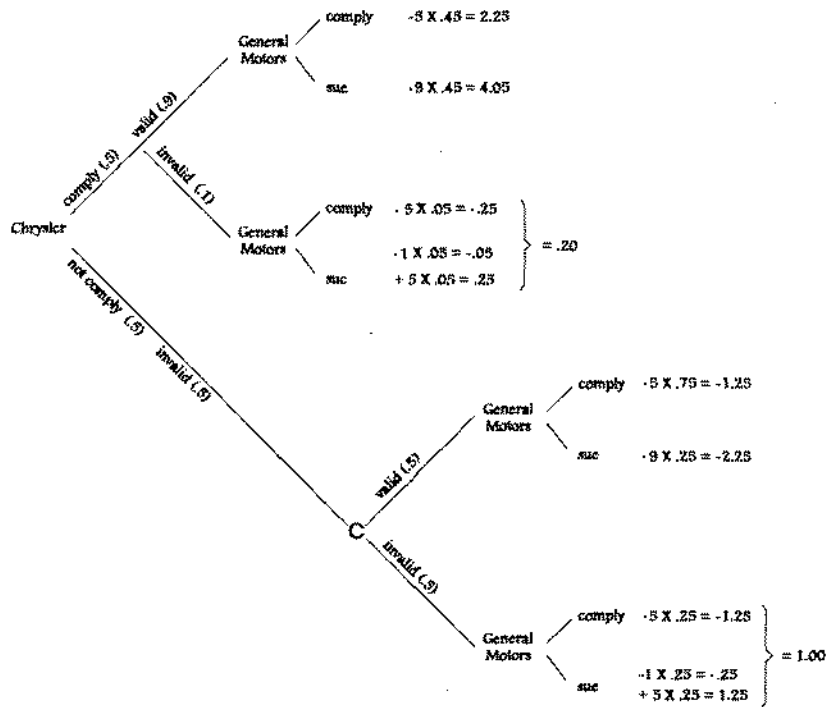
4. The Comply or Sue Calculation.

The simplest way to illustrate the situation facing a member of the regulated industry where there is no preenforcement review, or where such review does not prevent the accrual of penalties, is by a "decision tree". The assumptions underlying this decision tree build on the ones in the previous games. Once again the assumptions are arbitrary, but hopefully not unreasonable.

Comply or Sue Calculation with no Preenforcement Review

Assumptions:

- Compliance Costs = 5
- Litigation Costs = 1
- Probability Invalid = .5 w/no compliance by others
- Probability anyone comply = .5
- Penalty = 8



The idea of the decision tree is simply to trace out all the possible alternative actions that are available to a player, to calculate the expected value of each alternative action, and then to see what the total expected value is of a decision to act in a particular way, here either to sue or to comply. We assume in this decision tree that the actor, "G.M." cannot know at the time that it makes a decision to comply or to sue whether it will be successful in its suit or whether some other party may comply in the meantime. Because the actor has no information about the other party's decisions it simply views the probability that someone else will comply as a chance probability, or .5. Hence, Chrysler, who is the first mover in this game may comply or not comply with a probability of .5 for each action. If Chrysler complies then the probabilities are .9 that the rule will be held valid and .1 that it will be held invalid. But on the branch of the tree where Chrysler does not comply, the probabilities of either validity or invalidity are .5. The task then is simply to trace out the values for each branch of G.M.'s possible actions. G.M. can decide only to comply or to sue, but it will be doing so in one of four different worlds.

To see how the computation has been done, consider the top branch. There G.M. decides to comply and the expected value of this decision is its actual cost or benefit (here minus five in compliance costs) times the probability that state of the world is in fact the one in which Chrysler is complying. To get the probability for that state of the world one takes the probability that Chrysler has complied (.5) times the probability that the rule will be valid given that Chrysler has complied (.9) and multiplies that fraction times the compliance costs. In the branch that is second from the top the probabilities remain the same because it is still the comply/valid world, but the payoffs are modified to reflect the fact that in this state of the world G.M. would lose the lawsuit incurring penalty costs of 8 and litigation costs of 1. The only situation in which there are positive returns from any action is when G.M. sues and the rule is held invalid. In those circumstances it pays the cost of litigation (-1) but it gains by foregoing the costs of compliance (+5).

When all the values are multiplied by the probability that that action is taken in a particular state of the world one can then total up the expected value of suing and the expected value of complying. Given the total values that emerge from this particular decision tree, G.M. would be almost indifferent between suing or complying. A slight change in the values that are plugged into the decision tree would shift the balance in one direction or another.

The decision tree thus teaches several important lessons. First, once again, it illustrates that without a penalty for noncompliance the balance of the benefits or costs from litigating or complying will strongly favor litigation. For here the question is close even with penalties. But second, it does not follow that putting a penalty into the system ensures that no one will ever challenge agency action. Indeed, even with a penalty that is greater than the sum of compliance costs and market share losses, an actor whose disbenefits from compliance were only slightly greater than those we have assigned G.M. in this example would still find it rational to bring suit or, what is the same thing, to fail to comply and resist enforcement by raising the potential invalidity of the rule as a defense.

But there is a third lesson here that has been implicit in the whole analysis and that should now be brought front and center: To the extent that judicial review is a contributing factor in "ossifying" the rulemaking process, that



problem may not lie in the conventional direction most often debated, that is, the relative stringency of the standard or scope of review. Judicial stringency is but one factor bearing on the likelihood of success in appealing a rule and on the payoffs to appeal versus compliance. The timing of review and the conditions on its availability also shape that calculation, as does the level of compliance costs. There are a substantial number of policy options for recalibrating the game so that it has an "appropriate" or "balanced" set of incentives.

IV. EVALUATING POLICIES

1. Attacking "Scope" or "Stringency" Problems.

American lawyers argue interminably over the appropriate scope of judicial review of agency action.¹⁹ Congress has many times attempted to modulate the stringency of judicial review by changing the verbal formulae on scope of review. Contrary to the Administrative Procedure Act (APA) formulation, "substantial evidence" review was made part of the review provisions for informal rulemaking in a number of the newer regulatory agencies.²⁰ And, a completely different formulation from those found in the APA was utilized

19. The recent outpouring of articles concerning the *Chevron* case is illustrative. The loss of forests necessary to make the paper to print all of the articles written on the proper standard of review in interpreting statutes following this case might well have justified requiring the Supreme Court to issue an environmental impact statement along with the opinion. See, e.g., T. MERRILL, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 *Yale L.J.* 969 (1992); M. CALLAHAN, *Must Federal Courts Defer to Agency Interpretations of Statutes? A New Doctrinal Basis for Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 1991 *Wisc. L. Rev.* 1275; G. EDLES, *Has Steelworkers Burst Chevron's Bubble? Some Practical Implications of Judicial Deference*, 10 *Rev. Litig.* 695 (1991); C. SUNSTEIN, *Law and Administration After Chevron*, 90 *Colum. L. Rev.* 2071 (1990); L. SILBERMAN, *Chevron — The Intersection of Law & Policy*, 58 *Geo. Wash. L. Rev.* 821 (1990); R. PIERCE, Jr., *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 *Vand. L. Rev.* 301 (1988); E. BRAUN, *Note, Coring the Seedless Grape: A Reinterpretation of Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, 87 *Colum. L. Rev.* 986 (1987); K. STARR, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 *Yale J. on Reg.* 283 (1986).

20. The Occupational Safety and Health Act, 29 U.S.C. § 651 et seq. and the Consumer Product Safety Act, 15 U.S.C. § 2051 et seq., are prominent examples. It is hardly clear what congress had in mind in applying the substantial evidence rule to informal proceedings. It was perhaps merely a compromise between those who supported the bills, along with their logical corollary of informal rulemaking subject only to review for "arbitrariness", and those who opposed the legislation and wanted at least to hamper its effectiveness through the use of formal procedures

PREENFORCEMENT JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE RULEMAKING:
SOME LESSONS FROM RECENT AMERICAN EXPERIENCE

recently when judicial review was made available for Veterans' claims.²¹ In at least some cases, the famous *Universal Camera*²² case is perhaps the premier example, the courts have believed that legislative reformulation of the review standard was telling them something important about the political branches' expectations concerning the scope of judicial surveillance of agency decisionmaking.

Yet, it is unclear whether "arbitrary and capricious" means anything different than "substantial evidence" either in theory or in practice.²³ And, where some scholars find the general tenor of judicial review reveals continuing, if episodic "hard looks", others see "soft glances" or some other metaphoric judicial posture as the new trend. Meanwhile, some of the most experienced appellate judges concede that how hard they look at any particular agency's determinations depends on a whole host of historical and contextual factors that outrun legislative formulation.²⁴

for rulemaking that would actuate the "substantial evidence" rule under the APA. The judges who had to deal with this compromise were not pleased. See *Industrial Union Department AFL-CIO v. HODGSON*, 499 F.2d 467, 469 (D.C. Cir. 1974), where Judge MC GOWAN lamented that "the federal courts ... surely have some claim to be spared additional burdens deriving from the illogic of legislative compromise."

21. *Veterans' Judicial Review Act*, Pub. L. No. 100-687, 102 Stat. 4105, Div. A (1988).
22. *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951).
23. A. SACALIA and F. GOODMAN, *Procedural Aspects of the Consumer Product Safety Act*, 20 *U.C.L.A. Rev.* 899, 934 (1973).
24. Here one is reminded of Judge Harold LEVENTHAL'S suggestion in *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841, 851-52 (D.C. Cir. 1970), *cert. denied* 403 U.S. 923 (1971) that courts reviewing agency actions are looking for some "combination of danger signals" that might justify close scrutiny and perhaps a reversal or a remand. In his view the review function: "Combines judicial supervision with a salutary principal of judicial restraint, an awareness that agencies and courts together constitute a "partnership" in the furtherance of the public interest and are "collaborative instrumentalities of justice". These sentiments are echoed in the Attorney General's committee in administrative procedure, administrative procedure and government agencies, Senate Doc. No. 8, 77 Cong., 1st Sess. 75-76 (1941).

The difficulty of combining deference and scepticism in the proportions that congress intended through some verbal formulation of the scope of judicial review was put in rather exasperated form by Judge Brown in *American Petroleum Institute v. EPA*, 661 F.2d 340, 349 (5th Cir. 1981):

In summary, we must accord the agency considerable, but not too much deference; it is entitled to exercise its discretion, but only so far and no further; and its discretion need not be ideal or even, perhaps, correct so long as not "arbitrary" or "capricious".



There thus seems much wisdom in one commentator's suggestion that the real question in any review proceeding is reasonableness "and that reasonableness lies in the eyes of the beholder".²⁵

Do not overread the argument here. It would certainly make a difference in the judicial review game to change the probabilities of success in one way or another. The payoffs in the game are highly contingent upon those probabilities. Yet American experience suggests the futility of reducing the uncertainties that drive the adversary litigation process by redefining the scope or stringency of judicial review. New legislative language may have some effect. But, given the other contextual factors that influence the scope of judicial review, the effect is likely to be small, and perhaps short lived.

In addition, the literature on civil litigation²⁶ demonstrates that the number of suits brought to trial is a function, not of the standard for judgment, but of the degree to which plaintiffs and defendants similarly assess both the "stakes" in the lawsuit and the plaintiffs likelihood of success, i.e., the expected value of going to trial. Given the multitude of issues available to be litigated in almost any pre-enforcement review proceeding, and the vagueness of all applicable review standards, the chances that regulated parties, beneficiaries and the government will differentially assess the likelihood that a particular rule will survive judicial review seems high. In addition, all of these "players" are "repeat players" who must consider the strategic value of suing or defending now on subsequent regulatory struggles. Hence, the "stakes" in any particular lawsuit may be different for each, leading to different expected values of litigation even when probability estimates concerning a plaintiffs success in a particular suit are identical. In short, "settlement" of pre-enforcement review proceedings is unlikely.

Reforms in the scope of judicial review would face serious additional problems even if thought to be efficacious. Attempts to reduce the intrusiveness of judicial surveillance, by telling judges to be more respectful

25. J. MENDELOFF, *The Dilemma of Toxic Substance Regulation: How Overregulation Causes Underregulation at OSHA* (1988).

26. G. PRIEST, *Private Litigants and the Court Congestion Problem*, 69 *B.C. L. Rev.* 527 (1989); G. Priest & R. Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 *J. Legal Stud.* 1 (1984).

of administrative discretion, is not politically popular in the U.S. To the extent that the U.S. Congress has seriously debated any general change in the scope of judicial review of rulemaking it has largely sought to make review more penetrating, not more deferential.

2. Changing the Stakes

The preceding game theoretic models, however arbitrary their quantitative assumptions, also demonstrate quite graphically how changing the stakes in the game matters. Almost no better engine for promoting litigation rather than compliance can be imagined than a scheme that permits immediate review while avoiding all compliance and penalty costs. For, while lawyers and litigation are expensive, most major rulemaking proceedings involve issues of such importance to at least *some* firms or individuals that the compliance burden imposed or potential benefits foregone will dwarf the expected costs of litigation.

There might, therefore, be much wisdom in the suggestion that trench warfare in the rulemaking process might be avoided by systematic attempts to ease compliance burdens. Many techniques are available. Lengthening time periods for compliance tends to reduce costs, as do less stringent or less broadly applicable standards. Market-like devices for trading among regulated parties to minimize overall compliance costs also have much to recommend them. Yet, this "reduce the stakes" strategy has some severe problems. One is that it seems to argue that the solution to the problem of too little rulemaking is to do less, or less of significance. In many cases reducing the stakes is a strategy for solving a problem by surrendering to it.²⁷

There is, however, a deeper difficulty. Arguments for reducing the regulator status, and the stylized game structures that have been portrayed here, both tend to assume homogenous compliance costs. The clear fact of the matter, however, is that regulation disfavors (or benefits) some parties

27. And surrender may not work, as the recent removal of OSHA's very watered-down toxic exposures rule demonstrates. 29 C.F.R. § 1910 (1989). See also my critique of MENDELOFF, J. MASHAW, *Book Review, The Dilemma of Toxic Substance Regulation*, 19 *Rand J. of Econ.* 486 (1988). See also S. Shapiro & T. McGarity, *Not so Paradoxical: The Rationale for Technology-Based Regulation*, 1991 *Duke L.J.* 729.



more than others.²⁸ Indeed, for some parties compliance "costs" may be investments in future profitability. General Motors did not join with its American automotive competitor/colleagues in attacking NHTSA's original passive restraints rule, for example, because it held major patents on the airbag technology and expected to reap significant competitive advantage from the regulation. It later waged religious warfare against the National Highway Traffic Safety Administration over that same rule in part because the agency's vacillating prescriptions (through no particular fault of its own) denied G.M. some very handsome profits.

The differential costs of compliance have particular relevance to deregulatory rulemaking. Existing regulations may have radically different effects within industries and their removal will benefit some parts of an industry more than others. Hence, reducing the stakes would have to mean something more than simply reducing regulatory burdens in order to have a significant impact on the use of legal process to wage regulatory warfare. The Investment Company Institute, for example, is surely one of the most litigious trade associations ever formed in the United States, perhaps anywhere. Yet its efforts in the judicial arena are more often directed at maintaining regulatory burdens on financial intermediaries outside the scope of its membership list than at fighting battles for a freer market.²⁹

Given the differential benefits and burdens born by regulated parties, or by the potential beneficiaries of regulations that have been delayed or repealed, a reform strategy based on reducing litigation by reducing the status in regulation seems unworkable. Incentives for legal combat seem ubiquitous whether rulemakers are regulating, deregulating or just not regulating.

28. B. OWEN & R. BRAEUTIGAM, *The Regulation Game: Strategic Use of the Administrative Process* (1978).

29. See, e.g., *Board of Governors of the Federal Reserve System v. Investment Company Institute*, 450 U.S. 46 (1981); *Investment Company Institute v. Camp*, 401 U.S. 617 (1971); *Investment Company Institute v. FDIC*, 815 F.2d 1540 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 847 (1987); *Investment Company Institute v. Conover*, 790 F.2d 925 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 479 U.S. 939 (1986).

3. Timing

Looking at the timing of judicial review is in some sense just another way of stating the stakes problem. The modern American penchant for immediate preenforcement review will often mean that regulated or deregulated parties can choose between litigation and compliance at a time when the litigation alternative is relatively costless. Regulations often have lead times that extend well beyond the point at which an appeal would predictably be concluded and stays of the effective date of a rulemaking action may be available to protect parties against potentially wasteful compliance efforts in the interim. Yet a concentration on timing as a discrete issue may suggest problems and reform opportunities that would otherwise be missed.

In certain circumstances, for example, the timing of review has complex interactions with the probabilities for a successful appeal. If the availability of immediate review eliminates the incentives of all parties to begin compliance efforts, then it also eliminates the incentives that might otherwise exist to solve some of the feasibility and practicability issues that may loom large in the litigation. Time and again, for example, National Highway Traffic Safety Administration regulations foundered on the shoals of practicability or reasonableness. Yet, over time, it became clear that many of the technological problems that convinced courts to remand rules to the agency could be solved. Moreover, they might have been solved much earlier had attempts at compliance preceded resort to the judiciary.

The timing of review also radically reshapes the focus of litigation. Review in an enforcement context often concentrates on one or a few issues of particular moment to a particular firm. Preenforcement review invites, and usually produces, the invocation of a laundry list of potential frailties in a rule's substantive content or procedural regularity. The multiplicity of issues available, combined with the unavailability of evidence concerning genuine attempts to comply with the rule, dramatically increase the uncertainties of judicial review.

Paul Verkuil warned American lawyers about the shift in the quality of review that would likely result from shifts in timing nearly twenty years ago. In Verkuil's words



"The consequence of the early preenforcement review of rules in the Courts of Appeal is a new focus on rulemaking that, it is believed, will contribute to the creation of a new rulemaking model. In the past, when a rule was reviewable only after enforcement, considerable time could elapse before the rulemaking procedures and the factual basis for the rule were tested. As a result, review of the circumstances surrounding the rule's enactment was secondary and somewhat obscured by time; the main issue was the rule's application to the particular respondent before the Court. But, with final order requirements tied more closely to notions of finality and ripeness rulemaking review can take place almost instantly, and the focus on rulemaking process may be much sharper. In this sense, early review means closer review, which itself leads to a vigorous judicial scrutiny of the rulemaking model."³⁰

The critical insight in Verkuil's analysis is his location of the focal point of judicial interest as the "model" of agency rulemaking. Much later Harfst and I dubbed this approach "proceduralized rationality review". Rather than take on the politically dangerous task of substantive rationality review, the courts have "proceduralized" the issues as questions of the adequacy of the agency's explanation; or its responsiveness to objections raised by the rule's opponents; or the adequacy of the "notice" afforded parties, who claim that they would have responded differently had they but known the agency's true plans, or the facts or "methodologies" upon which it intended to rely.³¹ The irony, of course, is that these attempts at *avoiding* judicial intrusion on administrative agencies' substantive judgments may have produced uncertainties and "defensive" rulemaking that have contributed much to its' ineffectiveness.

All of this suggests that there may be something more to the notion of changing the timing of review than merely its potential strategic significance in shifting incentives toward compliance rather than litigation. It has some "appropriateness" advantages over attempts to alter the scope of review toward soft glances or, even more ambitiously, to reintroduce

30. P. Verkuil, *Judicial Review of Informal Rulemaking*, 60 Va. L. Rev. 185, 204 (1974).

31. See, e.g., *United State V. Nova Scotia Food Prod. Corp.*, 568 F. 2d 240 (2d Cir. 1977) remanding FDA smoked fish regulation for failure to reveal scientific methodology underlying its proposals in notice of proposed rulemakings

"nonreviewability" of policy choices as a serious option.³² To deny immediate review is not to deny review totally. The individual "right" to independent judicial judgment, so cherished in American law, is preserved. Timing also seems more amenable to legislative control than does an attempt to alter the scope of review by revised verbal formulae. In addition, review at the application stage tends to ameliorate the "political" aspects of review (the sense that it is little more than a policy dispute fueled by competitive rent-seeking) while simultaneously focussing issues and providing a better information base. "Enforcement" or "implementation" review thus puts the judiciary in a better position to defend its judgments against claims of either incompetence or "political" interference.

There are surely problems with this approach to reform. First, recent developments in congressional legislation and judicial lawmaking have tended almost uniformly in the opposite direction.³³ Preenforcement review has become the norm, and with increasing frequency later review in enforcement proceedings has been barred.³⁴ The congressional impulse has been to provide an opportunity for quick resolution of claims of invalidity on the theory that legal certainty would benefit both the agency and affected interests.

But inattention to the way in which this resolution of the timing issue shapes the incentives for litigation may have produced perverse results. Not only has the resolution of controversy not been particularly swift, many resolutions may have been unnecessary, and the usual judicial disposition, remand to the agency for reconsideration, produces uncertainty plus delay. A period of attempted compliance, experimentation and negotiation between the agency and affected parties, induced by the

32. The Supreme Court attempted to deal with this general class of problem in *Chevron* (*Chevron, U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984)), but a voluminous literature on *Chevron* seems unified in the conclusion that the attempt has failed.

33. An impressive catalogue of legislative preenforcement review provisions was provided nearly a decade ago in F. DAVIS, *Judicial Review of Rulemaking: New Patterns and New Problems*, 1981 *Duke L.J.* 279 (1981). The Davis catalogue was incomplete at the time and numerous preenforcement review provisions have been passed or amended since.

34. The 1972 Amendments to Federal Water Pollution Control Act are typical. 86 Stat. 891, §§ 509 (b) (1) and (2), codified at 33 U.S.C. § 1369 (b) (1) and (2) (1982 and Supp. 1991). They set a short deadline (90-120 days) from promulgation within which a rule may be challenge. Further challenged may be based only on grounds which arose after the prescriptive period and review in any civil or criminal proceeding for enforcement is explicitly prohibited.



unavailability of immediate review, might well produce better rules, swifter compliance and less litigation. Moving back toward an earlier American regime that favored rulemaking review primarily at the time of enforcement thus has much to recommend it. Unnecessary judicial review simultaneously stultifies the policy process while imperilling judicial and administrative legitimacy.

These conclusions obviously require qualification. While preenforcement review may have been particularly dysfunctional in the context of standard setting at the National Highway Traffic Safety Administration, the Occupational Safety and Health Administration, the Federal Trade Commission and the Federal Energy Regulatory Commission, it may be extremely important to permit preenforcement review elsewhere, for example, of EPA air quality standards. Those regulations set goals that are implemented through a complex state-federal process which may demand legal certainty in order to mobilize political resources, whatever the costs in legal adversariness. Nor does preenforcement review structure compliance/litigation incentives in the same fashion in other programs. Changes in Securities and Exchange Commission accounting rules can be implemented with very short lead times. Here the option to litigate, rather than to comply is sharply constrained, absent a stay of the rule pending the judicial outcome. In other programs affected parties may find almost any rule providing legal certainty preferable to an unstructured licensing or prosecutorial system. Hence, the prospect of unbalanced incentives to litigate rather than to comply is much less prominent.

An additional difficulty with attempts to modulate the timing of judicial review is that timing is not just a function of congressional policy. A long line of Supreme Court jurisprudence has reinterpreted the provisions of both the Administrative Procedure Act and other generic legislation to permit preenforcement review. Later congressional statutes that provide for preenforcement review of the rule-making efforts of specific agencies might be viewed as an effort by Congress to regulate the availability of preenforcement review rather than a legislative attempt to broaden and deepen the Supreme Court's initiative. At the very least preenforcement review of rules should not be seen as a legislative demand forced upon an unwilling judiciary. Significant congressional action will be required to shift the current conventional view that preenforcement review is presumptively available.

PREENFORCEMENT JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE RULEMAKING:
SOME LESSONS FROM RECENT AMERICAN EXPERIENCE

Yet, without such action the American regulatory process is likely to continue to disappoint almost everyone — both those who favor aggressive state action to protect or enhance the public welfare and those who favor significant deregulation. For either activity relies importantly on the effectiveness of the rulemaking process in federal administrative agencies — an effectiveness that has been deeply compromised by the adversarial legalism now rampant in the judicial review of American administrative rulemaking.

**LA REVISION JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD
NORMATIVA DE LA ADMINISTRACION:
ALGUNAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA
ESTADOUNIDENSE RECIENTE**

TRADUCCION:
Jorge Castro Bernieri



**LA REVISION JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA
DE LA ADMINISTRACION: ALGUNAS LECCIONES DE LA
EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE RECIENTE¹**

**Por
Jerry L. Mashaw
Profesor Sterling de Derecho
Universidad de Yale**

**I.
INTRODUCCION**

Incluso hasta la época de la presidencia de John F. Kennedy, para la mayoría de los estadounidenses, la imagen principal de la actividad administrativa federal estaba asociada a la adjudicación de casos -una sanción de la *Federal Trade Commission* (Comisión de Comercio Federal, FTC) una acción de la *National Labor Relations Board* (Junta Nacional de Relaciones Laborales), un procedimiento de licencia ante la *Federal Communications Commission* (Comisión Federal de Comunicaciones) o ante la *Federal Power Commission* (Comisión Federal de Energía, FPC) o un procedimiento para fijación de tarifas en la *Interstate Commerce Commission* (Comisión de Comercio Interestatal).² Treinta años más tarde, cuando los estadounidenses hablan de "regulaciones", tienden a pensar en la adopción de reglas generales, en relación con la seguridad del medio laboral por la *Occupational and Safety Health Administration* (Administración de Salud Ocupacional y de

¹ Este artículo es una versión sustancialmente revisada de uno titulado "Improving the Environment of Agency Rulemaking: An Essay on Management, Games and Accountability". 57 *Duke L.J.* 185 (1994).

² Así cuando el Juez Henry Friendly dio sus influyentes *Holmes Lectures* H. Friendly, *The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards* (1962). El título de sus charlas definía un problema frente al cual su respuesta era una definición más clara de política de los órganos administrativos, en el curso de la producción de decisiones de adjudicación.

Seguridad, OSHA) o en relación con la calidad del aire o del agua por la *Environmental Protection Agency* (Agencia de Protección Ambiental, EPA).³ No se trata de que la actividad normativa sea exclusiva de oficinas gubernamentales creadas luego del *New-Frontier*, con esa técnica regulatoria en mente. Incluso las actividades políticamente relevantes de órganos administrativos clásicos, tales como la regulación que la FTC hace de las actividades de las casas funerarias o la desregulación de las tarifas de transporte de gas natural hecha por la FPC, frecuentemente tienen que ver más con la producción de normas que con adjudicación.

En parte, este "cambio de paradigmas" ha sido el resultado de una evolución, pero también han existido importantes elementos de un rediseño conciente del proceso administrativo estadounidense. Los movimientos de reforma regulatoria durante los años sesenta hacían énfasis en la actividad normativa y proclamaban sus virtudes de eficiencia, justicia y responsabilidad (*accountability*) política. Kenneth Culp Davis podía estar exagerando más de lo usual, cuando decía que la actividad normativa era "uno de los más grandes inventos del gobierno moderno".⁴ Sin embargo, claramente no era el único en creer que, pasando de la adjudicación a la producción de normas, la política pública federal se revitalizaría, haciéndose más racional y más democrática.

Los reformadores contemporáneos tienden a ver la actividad normativa de órganos administrativos federales, más como un problema que como una solución. Desde un cierto ángulo, la producción de normas es un problema porque ha sido el instrumento mediante el cual importantes sectores de la economía, anteriormente no regulados, han sido sometidos

³ Nuevamente, el Juez Friendly nos proporciona un ejemplo instructivo. Once años después de su exhortación para que los órganos enunciaran sus estándares en decisiones de adjudicación, el juez anuló una decisión de la National Labor Relations Board por hacer justamente eso. En ese caso, indicó que el proceso normativo era un mejor instrumento para desarrollar políticas, y que era un abuso de la discrecionalidad de ese órgano anunciar políticas a través de decisiones de adjudicación. *Bell Aerospace Co. v. NLRB*, 475 F.2d 485 (2d Cir. 1973), revertida *NLRB v. Bell Aerospace Co.*, 416 U.S. 267 (1974).

⁴ K. Davis, *Administrative Law Treatise*, §6.15 (1st ed. Supp. 1970).



a una costosa normativa federal.⁵ Desde esta perspectiva, la reforma regulatoria consiste en reducir el ámbito de la autoridad normativa y en someterlo a una evaluación realista de los costos y los beneficios de la intervención gubernamental.

Desde un ángulo sustantivo o político distinto, la actividad normativa ha sido igualmente criticada por no haber colmado las expectativas creadas. Los valientes órganos administrativos creados en los años sesenta y setenta pueden haber impuesto altos costos sobre la sociedad, pero sin haber logrado avanzar mucho en el logro del mundo más seguro y más saludable que entonces se esperaba. Muchos programas regulatorios presentan atrasos de años, cuando no de décadas, para alcanzar y a veces, hasta para acometer sus objetivos enunciados o previstos en sus leyes de creación. Muchas de las comisiones más antiguas que experimentaron con la producción de normas en los años sesenta y setenta, como respuesta a las acusaciones de ineficiencia, falta de equidad y falta de responsabilidad, en gran parte han retornado a sus procedimientos adjudicatorios tradicionales. La maquinaria normativa federal se percibe tan frágil y susceptible a accidentarse que los funcionarios procuran usar cualquier otra técnica, con tal de lograr sus cometidos.⁶

En cierta (quizás grande) medida estas dos formas de percibir la situación reflejan distintas posiciones acerca de las políticas subyacentes; posiciones en las cuales las reservas frente a la actividad normativa o frente al proceso regulatorio, no son sino sustitutos de disputas sustantivas. Sin embargo, existe un sentido en el cual ambos grupos de críticos perciben problemas similares. Si bien las fuerzas a favor de la regulación constantemente claman por un proceso normativo más efectivo y oportuno, frecuentemente quienes abogan por la desregulación tienen un interés similar.⁷ La desregulación

⁵ Quizás la más famosa entre estas críticas fue el cálculo de Murray Weidmanbaum que los costos anuales de las regulaciones federales podían superar a los cien mil millones de dólares. M. Weidmanbaum, *On Estimating Regulatory Costs*, 2 Regulation 14 (May/June 1978). Tal cálculo fue sumamente controversial. Véase M. Green & N. Waitzman, *Business War on the Law* 33-40 (1981) (detallando las fallas empíricas de los cálculos de Weidmanbaum).

⁶ Véase, por ejemplo, A. Scalia, *Back to Basics: Making Law Without Making Rules*, Regulation, July/August 1981, 25.

⁷ Véase M. Garland, *Deregulation and Judicial Review*, 98 Harv. L. Rev. 507 (1985).

puede ser, y a veces debe ser, hecha mediante los mismos procesos normativos de la regulación. Los sectores pro-regulación que se lamentan de la incapacidad de la OSHA para generar normas que regulen el gran número de sustancias tóxicas en los ambientes de trabajo de Estados Unidos, ven su imagen reflejada en la frustración de los desreguladores frente a la lentitud del mismo órgano administrativo en revisar normas obsoletas, pero legalmente vigentes, dictadas hace veinte años. Puede que a la EPA se le hayan vencido cientos de plazos para dictar reglas para proteger el ambiente; sin embargo, un proceso regulatorio que lleva a que la *Federal Energy Regulatory Commission* (Comisión Federal de Regulaciones a la Energía, FERC) virtualmente abandone sus iniciativas de reintroducir una disciplina competitiva de mercado en la fijación de precios de la energía, tampoco puede ayudar a la desregulación. Si el método de elaboración de políticas mediante reglas está moribundo o mineralizado, como algunos alegan,⁸ es necesario reconsiderar la estructura de la actividad normativa de la Administración, como mecanismo de gobierno, incluso haciendo abstracción de los efectos sustantivos de ese mecanismo en casos particulares.

Este ensayo empezará por revisar alguna de la literatura corriente (en el Derecho, en las ciencias políticas y en la gerencia), sobre el problema de la actividad normativa de la Administración. Diversos autores han desarrollado distintas versiones sobre por qué la actividad normativa de la Administración ha fallado en satisfacer las expectativas que el proceso político se había creado. Mientras algunas de estas teorías enfocan los aspectos externos (limitaciones impuestas por fuerzas externas), otras se refieren a aspectos internos (mala gerencia). Mediante la utilización de algunas técnicas corrientes de "teoría de juego", este ensayo se enfocará sobre una hipótesis externa, a saber, que frecuentemente la actividad normativa de la Administración en Estados Unidos se ve limitada por controles legales impuestos mediante la revisión judicial. La teoría de juego pone en evidencia el poder que los controles legales externos tienen sobre el proceso administrativo. Más importante aún, el enfoque corriente del "problema" que confronta la actividad normativa de la Administración,

⁸ Véase en general T. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" The Rulemaking Process*, 41 Duke L.J. 1385 (1992).



puede cambiar si se ve desde la perspectiva estratégica que proporciona la teoría de juego.

En resumen, la mayor parte del debate jurídico y político en Estados Unidos sobre la revisión judicial de la actividad de la Administración se ha desarrollado en torno a quién puede solicitar tal revisión, qué puede ser objeto de revisión y cómo debería enfocarse o limitarse sustantivamente la revisión. En cambio, un análisis de teoría de juego, combinado con la consideración en torno a la posible eficacia de otros enfoques de reforma, sugiere que una de las cuestiones más importantes a considerar puede ser cuándo se puede solicitar la revisión.

II. EL OCASO DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA Y SUS CAUSAS

La literatura de estudios de casos sobre los resultados de los órganos administrativos en Estados Unidos, producida durante la década pasada, describe la retirada frente a la actividad normativa, en oficina tras oficina. En un libro anterior, por ejemplo, *La Batalla por la Seguridad de los Autos*, David Harfst y yo concluimos:

La conducta regulatoria de la NHTSA (National Highway Traffic Safety Administration, Administración Nacional para la Seguridad del Tráfico en las Autopistas), puede ser descrita en forma resumida. A pesar de haber sido creada como un órgano normativo destinado a forzar la tecnología de diseño de seguridad en los automóviles... las normas que la NHTSA ha promulgado... han tenido un efecto extremadamente reducido en forzar el desarrollo de tecnologías avanzadas de seguridad. Aquellas normas que se han puesto en vigencia requieren tecnologías ya desarrolladas, muchas de las cuales ya estaban siendo generalmente, si no totalmente, usadas por la industria automovilística, para el momento en que tales normas fueron promulgadas. Desde mediados de la década de los setenta, la NHTSA se ha concentrado más bien en sus facultades legales para ordenar retirar aquellos vehículos de motor que presenten defectos relacionados con su seguridad.

Este órgano administrativo se ha retirado a su viejo (y despreciable, desde la perspectiva reformista) enfoque de adjudicación en forma casuística, el cual requiere menor sofisticación tecnológica y el cual no tiene efectos conocidos sobre la seguridad de los vehículos.⁹

Existen relatos de historias similares ocurridas a lo largo del espectro de órganos encargados de velar por la salud y seguridad de los consumidores. Terrence Scanlon ha descrito como el CPSC se ha "ido liberando de su actividad normativa y ha aprendido a usar sus poderes de adjudicación para lograr los mismos resultados".¹⁰ Shapiro y McGarity señalan que la OSHA, creada en 1970, solo ha producido 24 reglamentos sanitarios de productos específicos y carece de estándares de protección laboral, o los que tiene son inadecuados, con respecto a más de la mitad de los 110 productos químicos que el National Cancer Institute (Instituto Nacional del Cáncer) considera en el medio laboral como sustancias cancerígenas probables o confirmadas.¹¹ La misma situación se repite en otros órganos, desde la FERC¹² hasta la FTC¹³ y la EPA.¹⁴

Por supuesto, resultaría posible que la literatura de estudios de casos estuviera errada en su descripción de la actividad normativa contemporánea en general, o que las consecuencias del abandono de esta

⁹ J. Mashaw y D. Harfst, *The Struggle for Auto Safety* 10-11 (1990).

¹⁰ T. Scanlon y R. Rogowsky, *Back Door Rulemaking: A View From the CPSC*, Reg., July/August, 1984, 27.

¹¹ S. Shapiro y T. McGarity, *Reorienting OSHA: Regulatory Alternatives and Legislative Reform*, 6 Yale J. on Reg. 1 (1989).

¹² R. Pierce, *The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s*, 43 Admin. L. Rev. 7 (1991).

¹³ B. Boyer, *The Federal Trade Commission and Consumer Protection Policy: A Postmortem Examination*, in *Making Regulatory Policy* 93 (K. Hawkins & J. Thomas eds., 1989).

¹⁴ Simposio: *Assessing the Environmental Protection Agency After Twenty Years: Law, Politics, and Economics*, 54 Law & Contemp. Probs. 1 (1991).



actividad fueran menores, debido a las otras técnicas que la Administración puede usar para establecer políticas e implementar programas. Sin embargo, ninguna de estas posibilidades optimistas parecieran resistir un análisis serio.

Una simple mirada a los requisitos federales establecidos en leyes y al gran número de personal en la Administración federal sugiere que la actividad normativa es ahora una técnica más importante que antes, para el logro de programas legislativos, trátese de programas de regulación o de desregulación. La demanda de actividad regulatoria que nuevas leyes imponen, aumenta continuamente, al tiempo que disminuyen el personal y los recursos disponibles para los órganos regulatorios. Como es sabido, la técnica de adjudicación formal consume mayores recursos humanos para la formulación e implementación de políticas, que la actividad normativa. Visto lo anterior, no pareciera posible que la Administración pueda aumentar su productividad, pasando de la actividad normativa a la adjudicación. En muchos casos, los órganos no podrían lograr, mediante la adjudicación, los mismos resultados que consiguen a través de la actividad normativa. Por ejemplo, a pesar de que la FTC (poniendo de lado el problema de los recursos) podría hacer la mayoría de las cosas que hoy hace mediante su actividad normativa, a través de un procedimiento formal adjudicatorio, lo mismo no es cierto en el caso de la EPA o de la NHTSA.

Más aún, las técnicas de diseño e implementación de políticas públicas, distintas a la adjudicación formal y a la producción de normas, presentan consecuencias indeseadas para ciertos valores que los estadounidenses aprecian: la supervisión política y el principio de legalidad (supremacía del Derecho). Tales técnicas están representadas por lo que en Estados Unidos se conoce como el proceso regulatorio informal. En estos casos, la Administración trata de imponer su voluntad, a través de presiones informales, negociaciones, conversaciones de sobremesa y, muy importante, concesiones a aquellos que tienen el poder para forzarlos a usar medios más formales de actuación. En resumen, la pérdida de eficacia en la actividad normativa es potencialmente una gran pérdida, no sólo en la capacidad de diseñar políticas públicas, sino también en la transparencia y responsabilidad de los órganos regulatorios frente a las políticas que éstos adopten e implementen.

Las anteriores observaciones conducen a una pregunta obvia, si el apartarse de la actividad normativa tiene consecuencias funestas, ¿por qué la Administración está empeñada en este proceso de redefinición que va a reducir su eficacia? ¿Y por qué los órganos de políticos y legales de control están permitiendo que este proceso continúe, a pesar de sus lamentables consecuencias para la eficacia regulatoria, la responsabilidad política y la supremacía del Derecho?

En general, las anteriores preguntas tienen dos tipos de respuesta. La primera se enfoca en el proceso interno de la Administración y en su competencia gerencial. En forma resumida, la respuesta es que el proceso normativo está en crisis porque los órganos administrativos están siendo mal manejados.

Tal explicación no puede ser completamente desechada. Una buena gerencia es mejor que una mala gerencia, y casi nadie podría sostener que todos los órganos de la Administración (ni, si a ver vamos, que todas las compañías privadas) están siendo bien manejados. Sin embargo, por distintas razones, preferimos no desarrollar esta "hipótesis interna". En primer lugar, el estado actual del conocimiento con respecto a la eficacia de técnicas específicas de gerencia es bastante limitado. En un estudio reciente sobre la literatura existente en materia de gerencia de la actividad normativa, Cornelius Kerwin, Decano de la Escuela de Asuntos Públicos de American University, concluye que "los estudios de casos existentes son mejores para identificar lo que sus autores consideran fallas en el manejo de reglas, que para establecer cuáles estructuras y técnicas pueden materialmente mejorar la actividad normativa."

En segundo lugar, pocos estudiosos en el campo de la teoría organizacional creen que exista una única mejor forma de organizar y manejar las actividades burocráticas, sean éstas públicas o privadas. Las recomendaciones o conclusiones generales tienden a estar débilmente respaldadas, a estar sujetas a tal número de excepciones que proporcionan una orientación limitada, o a ser lugares comunes. Las primeras tres conclusiones a las que llega un estudio "gerencial" de la actividad normativa de la Administración, presentado a la Administrative Conference of the United States (Conferencia Administrativa de Estados Unidos, ACUS)¹⁵ son un claro ejemplo de lo que señalamos.

¹⁵ F. Emery, *Rulemaking as an Organizational Process* (reporte preparado para la ACUS, 1982).



La primera conclusión indica que "las reorganizaciones estructurales frecuentemente no resultan en mejoría alguna a los sistemas internos". Tal aseveración está poco respaldada por el estudio. Se basa en un solo episodio. Más aún, pareciera entrar en contradicción con la única fuerte recomendación presentada por el mismo estudio, a saber, que la estructura de "equipo" es la única que resulta efectiva para el proceso normativo. Ambas aseveraciones no pueden ser correctas, al menos no al mismo tiempo y en el mismo lugar.

La segunda conclusión es que "es frecuente que se genere una atmósfera de confrontación entre expertos técnicos, asesores legales y otros funcionarios que estén trabajando juntos en algún proyecto regulatorio". En un cierto sentido, se trata de una perogrullada, por cuanto es sabido que distintos roles profesionales e institucionales pueden generar perspectivas encontradas. La sugerencia implícita, sin embargo, es que tal confrontación constituye un mal que debería ser evitado. Lo cual, por supuesto, puede ser cierto, pero solo hasta el punto en el cual tal confrontación pueda ser necesaria para explorar en profundidad los diversos aspectos de una determinada política y para asegurarse que los procesos en la Administración no se transformen en ejercicios de "pensamiento grupal". En resumen, las organizaciones necesitan cierto confrontación, pero no demasiada.

La tercera conclusión señala que "para asegurar su responsabilidad, frecuentemente los órganos de la Administración federal limitan la autoridad de firma a los más altos niveles. Esto produce ineficiencia y problemas de coordinación entre el personal." Puede que esto sea cierto. Sin embargo, tal como lo admite la primera frase de la conclusión, limitar la autoridad a niveles altos garantiza cierta responsabilidad. En este caso estamos en presencia de un sacrificio (trade-off) y la conclusión aporta muy poco para orientarnos sobre cómo manejarlo.

Efectivamente, uno podría imaginar que estas tres conclusiones dan el siguiente consejo a un gerente de un órgano con responsabilidades normativas: "si quiere incrementar su eficiencia, no pierda su tiempo en reorganizaciones estructurales, evite las confrontaciones y descentralice la toma de decisiones (¿esto último no es estructural?)." Frente a tal

recomendación, un gerente podría razonablemente replicar "pretendo reorganizar mi despacho para mantener mi autoridad y para estimular la confrontación entre diferentes opiniones. ¿Por qué? Porque dado el ambiente externo, el garantizar la responsabilidad política se convierte en el asunto gerencial más crítico que enfrento y, en ese sentido, se me considerará personalmente responsable de cualquier política se produzca."

En resumen, como lo sugiere mi hipotético gerente, la estructura interna puede ser un resultado del ambiente externo. Cuando se estudia un órgano administrativo y se detectan ciertas condiciones internas aparentemente disfuncionales para el logro de los objetivos de dicho órgano, se podría estar en presencia de simple mala gerencia. Pero igualmente podríamos estar presenciando una respuesta a ciertos requisitos o estímulos externos. Como quiera que los órganos de la Administración generalmente se estructuran a sí mismos y operan internamente con el fin de sobrevivir y tener éxito en un determinado ambiente externo, esta última consideración puede ser una explicación satisfactoria. De hecho, al referirse al problema de la responsabilidad, la tercera conclusión del estudio de la ACUS, reconoce la influencia de los factores externos sobre los arreglos internos.

Quizás yo esté predispuesto a ver la estructura y operación internas como responsiva a limitaciones externas. Harfst y yo describimos en gran detalle las formas en que la estructura de poder y los procesos normativos dentro de la NHTSA fueron cambiando a lo largo de dos décadas, para proteger a ese órgano contra amenazas externas. En el proceso, los abogados y los economistas alcanzaron un nivel similar, y quizás hasta superaron, a los ingenieros de seguridad. El hecho de que tales cambios hayan truncado el proceso normativo y hayan desplazado las estrategias de acción del órgano, hacia un régimen de retiros con escasos resultados en términos de seguridad, no es el resultado de una "mala gerencia". Tales cambios internos fueron necesarios para que el órgano pudiera sobrevivir en su ambiente político y legal. Y la naturaleza amenazante de tal ambiente externo para otros órganos de la Administración pareciera estar abundantemente documentada por otros estudios de casos. Si se desea mejorar el resultado de la actividad normativa, sería bueno empezar por atender a factores ambientales externos.



A. Revisión Judicial

Para varios estudiosos, la revisión judicial es uno de los principales responsables en haber forzado a los órganos regulatorios estadounidenses, y otros órganos de esa Administración, a abandonar su actividad normativa. Las derrotas que la NHTSA ha sufrido en las cortes, debido a la incertidumbre en torno a la "practicabilidad" de sus normas, la ha hecho cautelosa al usar cualquier tecnología que no haya sido ya probada. Esto ha sido un factor particularmente debilitante para un órgano cuya misión legal es la de "forzar nuevas tecnologías" de seguridad en automóviles.

Adicionalmente, la insistencia de las cortes en dar respuesta a comentaristas externos, ha forzado a la NHTSA a adoptar un procedimiento normativo altamente repetitivo, y por lo mismo sumamente lento. A su vez, tal lentitud afecta los resultados. La anulación de ciertas reglas cruciales han alterado la oportunidad política del desarrollo de políticas del órgano. Ciertas reglas que pudieran haber sido exitosas en un momento dado, se volvieron imposibles de promulgar y de implementar, una vez que cambiaron los funcionarios en el gobierno y en el Congreso. La disposición de las cortes a sustituirse a la Administración ha reforzado la actitud confrontacional de aquellas partes que pudieran ser adversamente afectadas, tanto por las normas dictadas por el órgano, como por su abstención o vacilación. Esta percepción es parcialmente respaldada por otros estudiosos de la NHTSA¹⁶ y quejas similares acerca de la revisión judicial han sido recogidas por otros autores refiriéndose a la FTC, a la FERC y a la EPA.

A pesar de que ciertos autores consideran que algunas cortes son demasiado estrictas al revisar las normas dictadas por ciertos órganos administrativos, la mayoría tiende a alegar que la verdadera limitación creada por la revisión judicial, es la incertidumbre. Las cortes están relativamente desinformadas acerca de qué es lo más importante entre los muchos alegatos presentados por las partes que recurren de una norma, y tienen un bajo grado de refinamiento técnico y científico que les permita analizar los asuntos percibidos como críticos al momento de juzgar si una norma es o no "razonable". En estas circunstancias, los órganos de la Administración perciben que cualquier cosa puede ocurrir. Esto produce una actividad normativa a la defensiva, cuando no un repliegue del proceso normativo.

¹⁶ Véase S. Breyer, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, 38 Admin. L. Rev. 363, 393, nota 93 (1986).

B. Pensando en Reformas

La revisión judicial no es el único agente externo que ha contribuido a la mineralización de la actividad normativa. Más aún, el sistema legal estadounidense está sumamente atado a la revisión judicial de la acción administrativa, como forma de asegurar, tanto la legalidad, como la responsabilidad política. Considerando que los estadounidenses desean que los órganos judiciales sean capaces de controlar la acción administrativa arbitraria o no autorizada, nos parece que la posibilidad de revisión judicial es una garantía importante de la apertura, y consecuentemente de la responsabilidad política, del procedimiento administrativo. La eliminación de la revisión judicial no constituye una idea sensata ni políticamente viable. La reforma requiere más bien una visión normativa de cómo debería funcionar la actividad normativa de la Administración y una visión estratégica de cómo hacer para que la revisión judicial pueda constituirse en un apoyo, y no en un obstáculo, de tal visión normativa.

Por su parte, no resulta demasiado difícil definir una visión normativa que se adecúe a las prácticas del Derecho administrativo estadounidense. A lo largo de los últimos veinticinco años, el desarrollo de los procesos normativos de la Administración ha puesto de relieve dos preocupaciones: (a) que la producción de normas permita oportunidades justas de participación para todos los intereses afectados, y (b) que produzca opciones razonables de política, tomando en cuenta los objetivos fijados por el legislador y los hechos relevantes (por más complejos e inciertos que éstos puedan ser). Dentro de estas nociones de justicia y de racionalidad, existen también normas subsidiarias de oportunidad y de conservación de recursos. Un proceso excesivamente retrasado o demasiado costoso puede terminar siendo injusto e irrazonable.

¿Cómo podría estructurarse el ambiente externo para que promueva un proceso normativo justo y razonable? Nuevamente, la descripción abstracta resulta fácil. Los particulares interesados deberían tener igual acceso a los órganos decisores y poder usar ese acceso para informar a la Administración, tanto sobre los "hechos", como sobre la información de contexto de los objetivos que el programa particular debería promover. Las instituciones políticas externas (el Congreso y el Ejecutivo) deberían procurar asegurar, tanto la implementación diligente, como que las misiones programáticas particulares no se conviertan en fines en sí mismas



- tan desconectadas de una comprensión amplia sobre el lugar que el programa ocupa en los valores generales de la sociedad, que produzcan resultados irrazonables. La revisión legal por los órganos judiciales debería garantizar que la autoridad ejercida sea una autoridad legitimamente conferida, que no sea abusada ni dejada de utilizar, y que las normas básicas de justicia participativa y de no-arbitrariedad sustantiva sean respetadas.

Por supuesto, el reto es diseñar los mecanismos procedimentales e institucionales que faciliten este ambiente externo ideal, sin que simultáneamente estimulen el uso abusivo de mecanismos múltiples de control o influencia externa. ¿Cómo establecer pesos y contrapesos sin crear "obstáculos"? ¿Cómo tratar con la demasiado obvia tendencia de que las partes seriamente afectadas intenten manipular estas necesarias limitaciones externas para su ventaja personal o de grupo? O, para poner el asunto en términos más positivos, ¿cómo hacer para poner los intereses privados en función del interés público en un proceso normativo justo y razonable?

Esta última, y más positiva, formulación del problema de diseño institucional puede aportar cierta ventaja analítica. En pocas palabras, si los reformadores estadounidenses piensan como los analistas de la teoría de escogencia pública, quienes consideran que el "abuso" del proceso normativo es simplemente un desarrollo natural de los intereses privados, el problema se redefine en la estructura de los incentivos. De alguna manera, los procedimientos y las relaciones institucionales deben ser reestructurados, para que se mantengan los incentivos de que se ejerza influencia a través de información y persuasión, así como los límites sobre la legalidad y la visión política "de túnel", pero al mismo tiempo se eliminen las oportunidades de obstruccionismo estratégico. Como cualquier arquitecto institucional lo sabe, esto no es tan fácil. Pero, a pesar de que los incentivos difícilmente se traducen directamente en conductas, el prestar gran atención a los incentivos que los esquemas actuales contienen, puede revelar oportunidades para mejorar. Pueden existir oportunidades para limitar el abuso, sin que necesariamente se sacrifiquen los valiosos pesos y contrapesos que proporciona la revisión judicial de la actividad normativa.

III. UN ANALISIS DE TEORIA DE JUEGOS DE LA REVISION JUDICIAL

La teoría de juegos es una subdisciplina de las matemáticas y de la economía que pretende modelar la forma en la cual los actores racionales (aquellos que buscan maximizar sus ganancias, dadas ciertas alternativas disponibles) realizarían sus escogencias.¹⁷ Los teóricos de la teoría de juegos no postulan que los actores necesariamente se comportarán en forma racional. La estructura de teoría de juegos simplemente aclara cuáles son los incentivos para un actor determinado y cómo ese actor puede maximizar sus ganancias esperadas.

Obviamente, al decidir si interponer o no un recurso o si cumplir o no con una regulación administrativa, una parte administrada pudiera no comportarse de acuerdo a una estructura simple de teoría de juegos. Así, por ejemplo, una parte que ideológicamente objete cualquier tipo de regulación, podría sentir que su acatamiento le representa un costo muy alto; mientras que otra parte que se enorgullezca de ser un "buen ciudadano" podría sentir que una resistencia a los requisitos regulatorios le presenta un retorno negativo sumamente elevado, aun cuando pueda considerar que tales requisitos sean ilegales. Los ejemplos presentados a continuación no pretenden recoger este tipo de preferencias; a pesar de que, en la mayoría de los casos, la estructura del juego podría ser modificada para tomarlas en cuenta. En cambio, el análisis se concentra en costos y beneficios económicos más directos, que se asume que influyen en la persona o empresa típica.

A. Cumplir o No Cumplir

Imaginemos por ejemplo que estuviéramos considerando una regulación de la NHTSA que requiera que un determinado equipo sea incluido en los nuevos vehículos de pasajeros. Bajo la legislación estadounidense actual, la National Motor Vehicle Safety Act (Ley Nacional de Seguridad de Vehículos a Motor), tal regulación es inmediatamente recurrible ante una

¹⁷ Para una introducción accesible al tema, véase E. Rasmusen, *Games and Information: An Introduction to Game Theory* (1990).



Corte de Apelaciones. Como quiera que las regulaciones de la NHTSA casi siempre permiten períodos significativos para su puesta en práctica, el no cumplirlas mientras se decide un recurso generalmente no impone costos a las empresas. El problema para las empresas es entonces si comenzar inmediatamente a trabajar en cumplir con la regulación o si impugnarla en una corte.

Para simplificar adicionalmente el caso, empezaremos por preguntarnos sólo si una empresa determinada cumpliría o no con la regulación. Luego consideraremos si la empresa recurriría o no de la regulación, con el fin de lograr su anulación. Obviamente, las dos preguntas están conectadas, por cuanto si la regulación permanece vigente, en algún momento la empresa que no la cumpla será sancionada. Sin embargo, para el presente análisis, asumiremos que alguna empresa impugnaría la regulación, y que, durante la pendencia de ese recurso, no se aplicarían sanciones por incumplimiento. Como quiera que no existen sanciones por incumplimiento, la situación estratégica no es una en que las empresas se conciban a sí mismas como participantes en un "juego" contra la Administración federal. En cambio, para tales empresas, la pregunta importante es cuál será su posición competitiva frente a las otras empresas, dependiendo de si cumplen o no con la regulación.

El Juego Número Uno de Revisión Previa a la Ejecución de la Regulación ilustra esta situación competitiva. Para este juego se asume que el cumplimiento de la regulación es costoso y que los costos son relativamente uniformes. Asumimos que el costo del cumplimiento es de 5 por cada año del modelo. Existe un costo adicional de 2, si la empresa es la única en cumplir, porque sus costos y precios se elevan, en relación con los de sus competidores y pierde participación de mercado. Estos números son arbitrarios, pero la estructura del juego hace que esto no sea importante, siempre y cuando ninguna empresa reciba beneficios por su cumplimiento. Los costos directos del cumplimiento han sido representados como mayores que las pérdidas de participación de mercado derivadas del cumplimiento, por cuanto eso representa la estructura normal de la elasticidad de la demanda en el mercado automovilístico - las empresas no pierden 1 dólar en ganancias por cada dólar en que se incrementa el precio de sus automóviles.

Juego Nº1 de Revisión Pre-Ejecución de la Regulación

Supuestos: El ejercicio del recurso paraliza la ejecución
Costos de cumplimiento = 5 por cada periodo
La empresa que cumple solitariamente pierde
adicionalmente 2 por disminución en su
participación de mercado

		Chrysler (otras empresas)	
		Cumplir	No Cumplir
General Motors	Cumplir	-5 / -3	-7 / 0
	No Cumplir	0 / -7	0 / 0

Efectos para las empresas (General Motors/Chrysler u otras)

Observando el juego de 2 por 2 contenido en la tabla, no resulta difícil prever dónde terminarían las empresas General Motors y Chrysler (esta última representando a las demás empresas del sector). Nadie cumpliría con la regulación. El cuadrante inferior de la derecha es la llamada "estrategia dominante" para cada jugador. Es la acción que cada jugador realizará, independientemente de lo que haga el otro. Si bien General Motors pudiera preferir estar en el cuadrante inferior de la izquierda y Chrysler en el cuadrante superior de la derecha, las empresas competidoras no tendrían razón de darle a las otras la satisfacción de cumplir, perdiendo su participación de mercado, cuando el incumplimiento les resultaría menos costoso. Pareciera que, bajo la posibilidad de revisión judicial anterior al cumplimiento de la regulación, ninguna empresa cumpliría espontáneamente antes del plazo. Presumiblemente, las empresas procurarían siempre la revisión judicial, porque el ejercicio del recurso retardaría, y posiblemente eliminaría, la necesidad de cumplir.

B. ¿Ejercerían Recursos las Empresas?

Sin embargo, el supuesto de que las empresas siempre recurrirían es poco realista. Si bien siempre resultaría beneficioso para las empresas que alguien recurriera, cada una de éstas preferiría no ser ella la que lo haga. Si alguna recurre, todas se benefician de la interposición del recurso (asumiendo que tal recurso sea ejercido en forma competente), pero sólo la empresa que recurre corre con los costos del recurso. Este es un clásico



problema de free rider (aventón gratuito), en el cual todos quieren beneficiarse del esfuerzo de otro. Esta misma idea está detrás de gran parte de las predicciones de la teoría de grupos de interés, sobre las diferentes posibilidades de éxito de grupos en mercados políticos.¹⁸ En algunos casos, este problema puede llevar a que ninguna empresa recurra. ¿Qué tan probable es este resultado?

La respuesta es que no es muy probable, y existen varias razones. Primero, el problema del aventón gratuito puede ser resuelto creando una asociación del sector industrial que ejerza el recurso a nombre de todas las empresas. Si existe un compromiso con la asociación de asignarle suficientes recursos para litigar, se resuelve el problema. Además, en industrias como la automovilística, existen pocas empresas productoras y los altos ejecutivos se conocen entre ellos, por lo que existen significativos costos sociales (y quizás eventualmente también económicos) de esquivar una justa participación en los gastos necesarios para promover el "bien común" de la industria. Finalmente, incluso a falta de una asociación efectiva o de presiones sociales, existe una alta probabilidad de que se ejerzan los recursos. Esto se evidencia claramente con un nuevo, y más realista, juego: el juego de quién recurrirá. Para este juego, los costos de cumplimiento permanecen igual a 5 y los costos del recurso se estiman en máximo un 20 por ciento de los costos de cumplimiento. Adicionalmente, existe una probabilidad estimada en 0,5 de que la corte anule la regulación. La reciente experiencia estadounidense sugiere que no se trata de una probabilidad poco realista.

Juego de Quién Recurrirá

Supuestos: El ejercicio del recurso paraliza la ejecución
Costos de cumplimiento = 5
Costos del recurso = 1
Probabilidad de que la regulación sea anulada = 0,5
Probabilidad de que la Administración ejecute la resolución si nadie recurre ni cumple espontáneamente = 1,0

¹⁸ A este respecto, los argumentos básicos son similares a los de M. Olson, *The Logic of Collective Action* 53-65 (1971).

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN:
ALGUNAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE RECIENTE

		Chrysler (otras empresas)	
		Recurrir	No Recurrir
General Motors	Recurrir	1,5 / 1,5	-7 / 0
	No Recurrir	3,0 / 1,5	-5 / -5

Efectos para las empresas (General Motors/Chrysler u otras)

La lógica de esta tabla es la siguiente: si una empresa recurre, tendrá que pagar los costos del litigio iguales a uno, pero evitará los costos del cumplimiento iguales a 2,5 (es decir, los costos de cumplimiento de 5 multiplicados por la probabilidad de que la regulación sea anulada). De aquí que los costos totales de recurrir inmediatamente sean de 1,5. Obviamente, que la empresa estaría mejor si otra persona recurre; en ese escenario, recibe los 2,5 por evitar los costos de cumplimiento y evita pagar su parte de los costos del litigio (lo cual si se trata de dos empresas es igual a $1/2=0,5$). Si nadie recurre, cada quien recibe -5, los costos de cumplimiento.

Dado estos resultados, el final del juego es indeterminado; pero la probabilidad de que se recurra es alta. Ningún jugador tiene una estrategia dominante. General Motors preferiría no recurrir si Chrysler lo fuera a hacer; sin embargo, General Motors no puede estar segura de que Chrysler recurra, y viceversa. Tanto General Motors como Chrysler preferirían hacer creer a la otra que no recurrirán, para que sea ésta quien recurra. A pesar de esto, como quiera que cada una está mejor recurriendo, que si nadie recurre, es racional para ellas ejercer el recurso. Claro que, para mantener credibilidad o "prestigio" en futuras amenazas, habría alguna posibilidad de que ninguna recurriera, a pesar de que les fuera individualmente racional hacerlo. No resulta fácil predecir qué es lo que haría un "actor racional".

No obstante lo anterior, existe un equilibrio matemático en el juego. De hecho, existen tres. Si una u otra empresa recurre, la otra no necesita hacerlo. En este caso, las empresas terminan en el cuadrante inferior izquierdo o en el superior derecho. Una vez que se llega a éstas, estas son posiciones estables; ningún jugador puede individualmente cambiar de



idea y quedar mejor. Por supuesto, ambas empresas podrían recurrir simultáneamente por solidaridad, compromiso previo o estupidez; pero esto no es un equilibrio estable, porque cualquiera de ellas podría retirarse y mejorar su posición. Como quiera que ambas partes lo saben desde antes, la mejor estrategia para cada jugador, aquella que tiene el mayor valor esperado, es una aleatoria por la que cada empresa a veces recurra y a veces no. La posibilidad de que una empresa recurra o no, no tiene que ser "aleatoria" en sentido estadístico, siempre y cuando no sea predecible para la otra empresa. Es posible calcular la probabilidad de que alguna de las empresas recurra; se trata de una alta probabilidad, 96 por ciento.¹⁹

Los incentivos creados por la posibilidad inmediata de ejercer recursos previamente a la ejecución de la regulación son bastante claros. Si no hay sanciones por incumplimiento, a nadie le interesa cumplir. Y, a pesar del problema del "aventón gratuito", existe una alta probabilidad de que se interponga un recurso. Desde este punto de vista, pareciera claro por qué los procedimientos regulatorios estadounidenses son tan controvertidos y litigiosos.

Más aún, hasta ahora la discusión se ha enfocado sobre la posibilidad de que recurran las partes reguladas. Sin embargo, bajo el Derecho estadounidense, también los beneficiarios de la regulación podrían recurrir, si consideran que la regla es muy débil. La estructura del juego de los beneficiarios podría ser similar a la que modelamos para las partes reguladas. Los beneficiarios sufren pérdidas, si no logran conseguir mayor protección a través de regulaciones más fuertes, lo cual les da un incentivo para recurrir. Estos incentivos son simétricos a aquellos que tienen las partes reguladas para evitar los costos de cumplimiento. Si asumimos que, en promedio, los beneficios son iguales a los costos y que el costo de recurrir es similar para cada lado, entonces los juegos pueden ser presentados en forma idéntica. El juego de los beneficiarios también arroja una

¹⁹ Asumamos que G = la probabilidad de que General Motors recurra y C = la probabilidad de que Chrysler recurra. Si General Motors está dispuesta a mezclar sus opciones en equilibrio, debe ser que considera que las dos opciones que está mezclando son igualmente deseables; es decir, que su beneficio esperado de recurrir: $1,5C + 1,5(1-C)$, tiene que ser igual a su beneficio esperado de no recurrir: $3,5C + (-5,4(1-C))$. Resolviendo esta ecuación nos da $C = 0,79$. Por argumento simétrico, $G = 0,79$ también. Así pues, la probabilidad de que al menos haya un recurso es de $0,96 (1-0,21^2)$.

probabilidad del 96 por ciento de que uno de ellos recurra, si los beneficiarios consideran que la regulación es débil. Además, por supuesto, la regulación podría parecer al mismo tiempo, demasiado débil para los beneficiarios y demasiado fuerte para las partes reguladas.

Por supuesto, la probabilidad de que se recurra no puede superar al 100 por ciento. Sin embargo, las posibilidades de que un grupo beneficiario o una empresa regulada recurran se acerca a ese límite, por cuanto el juego de si "recurrir o no recurrir" entre beneficiarios y regulados se parecería mucho al juego básico N°1 de Revisión Pre-Ejecución de la Regulación. A pesar de que el no recurrir de una regulación "de compromiso" pudiera resultar el mejor resultado cooperativo, tal solución no constituye una estrategia dominante si los resultados para las partes reguladas y beneficiarias de lograr la anulación de la regulación son equivalentes. Efectivamente, en el Derecho estadounidense, muchos casos de recursos contra regulaciones son el resultado de acciones intentadas tanto por los beneficiarios, como por las partes reguladas.

C. El Poder de las Sanciones

La situación del juego cambia drásticamente si se establece una sanción para el incumplimiento, durante la pendency de la resolución del recurso. El Juego N°2 de Revisión Pre-Ejecución de la Regulación altera la situación al simplemente agregar una sanción que sea suficiente para modificar la conducta, esto es, que sea mayor que los beneficios que se obtendrían por el incumplimiento. Como quiera que los costos del cumplimiento son 5 y por la pérdida de participación en el mercado por cumplimiento son 2, la sanción tendría que ser mayor a 7 para poder alterar la conducta. Con esta estructura de resultados, la estrategia dominante en el juego pasa del cuadrante inferior derecho al superior izquierdo: todos cumplen.

Juego N°2 de Revisión Pre-Ejecución de la Regulación

Supuestos:

- El ejercicio del recurso no paraliza la ejecución
- Costos de cumplimiento = 5
- La empresa que cumple solitariamente pierde adicionalmente 2 por disminución en su participación de mercado
- Sanción por incumplimiento = 8



		Chrysler (otras empresas)	
		Cumplir	No Cumplir
General Motors	Cumplir	-5 / -5	-7 / -8
	No Cumplir	-8 / -7	-8 / -8

Efectos para las empresas (General Motors/Chrysler u otras)

Pero, nuevamente, la representación del juego resulta demasiado simplificada. Primero, no es seguro que se imponga una sanción. Después de todo, podría ocurrir que la regulación fuera anulada, en cuyo caso la sanción quedaría sin efecto. Al menos, deberíamos modificar el juego para tomar en cuenta la posibilidad de que el recurso resulte exitoso. Más aun, el éxito en el recurso en este juego puede ser más complicado que la situación descrita en el Juego de Quién Recurrirá. Pareciera probable, dados los resultados del Juego N°2 de Revisión Pre-Ejecución de la Regulación, que alguna empresa de la industria prefiera cumplir que recurrir. Frente a tal cumplimiento espontáneo, pierde credibilidad parte importante de los argumentos legales con los que se impugna la regulación. Efectivamente, en Estados Unidos gran parte de las impugnaciones contra regulaciones dictadas por la Administración, se basan en su "falta de racionalidad". La *Administrative Procedure Act* (Ley de Procedimientos Administrativos de Estados Unidos, APA) establece que las actuaciones de la Administración no sean arbitrarias y varias leyes especiales, al referirse a las competencias normativas de la Administración, exigen que las normas dictadas sean "razonables". Generalmente, al ejercer recursos judiciales las partes alegan que las regulaciones son "irracionales" o "arbitrarias" cuando requieren conductas que son técnicamente imposibles o irracionalmente costosas. Ninguno de tales alegatos resultará muy creíble para una corte de revisión, si una de las partes reguladas está cumpliendo con la regulación. Así pues, las posibilidades de éxito cambian si alguien cumple con la regulación. El problema sobre si cumplir o si recurrir se convierte en un asunto más complejo y probabilista.

D. El Cálculo sobre si Cumplir o Recurrir

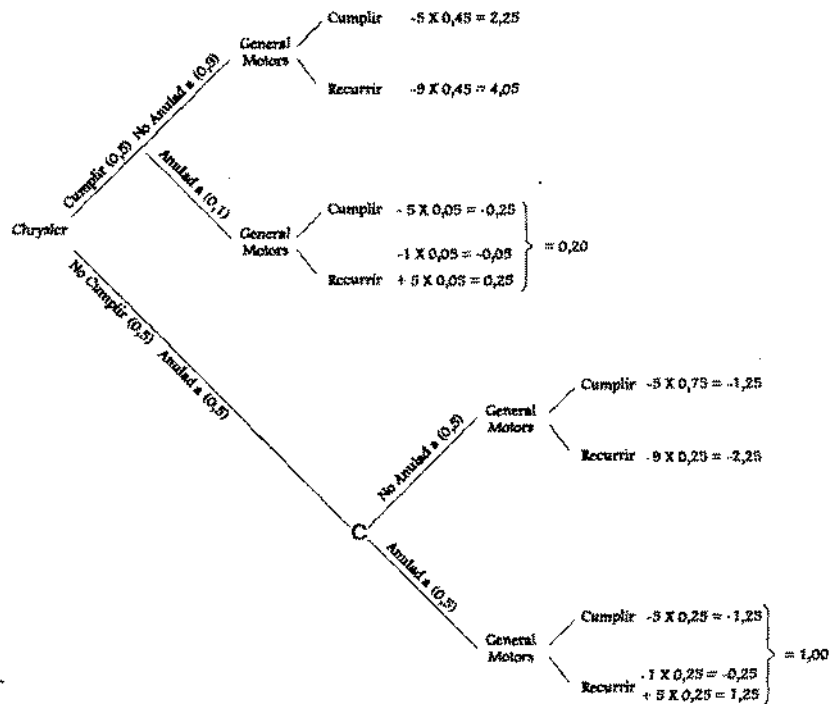
La forma más simple de ilustrar la situación que enfrenta una empresa regulada, cuando no existe revisión previa a la ejecución, o cuando tal

revisión no impide la aplicación de sanciones, es mediante un "árbol de decisión". Para este árbol de decisión, asumimos algunos elementos que construyen sobre los que hemos utilizado para los juegos anteriores. Nuevamente, tales supuestos son arbitrarios, pero esperamos, no irracionales.

Cálculo sobre si Cumplir o Recurrir sin Revisión Pre-Ejecución de la Regulación

Supuestos:

- Costos de cumplimiento = 5
- Costos de recurrir = 1
- Probabilidad de que la regulación sea anulada = 0,5 si nadie la cumple, 0,1 si otros la cumplen
- Probabilidad de que alguien cumpla con la regulación = 0,5
- Sanción por incumplimiento = 8



Total del valor de Recurrir = -5,05
Total del valor de Cumplir = -5,00



La idea de este árbol de decisión es simplemente identificar todas las posibles opciones alternativas disponibles para los jugadores, para calcular el valor esperado de cada acción alternativa, y luego poder ver cuál es el valor esperado total de actuar en una forma determinada, en el presente caso, si recurrir o cumplir. Asumimos en este árbol que, al tomar la decisión sobre si cumplir o recurrir, el actor General Motors no puede saber si su recurso será exitoso, ni si alguna otra parte cumplirá entre tanto con la regulación. Como quiera que el actor no tiene información acerca de las decisiones de la otra parte, simplemente ve la posibilidad de que otra parte cumpla como aleatoria, 0,5. Así pues, Chrysler que tiene la primera jugada en este juego, puede cumplir o no cumplir, con una probabilidad de 0,5 para cada acción. Si Chrysler cumple, las probabilidades son 0,9 que el recurso sea desestimado y 0,1 que sea declarado con lugar. Pero en la rama del árbol en que Chrysler no cumple, las probabilidades de anulación o no de la regulación, son de 0,5 en cada caso. La tarea consiste entonces en estimar los valores para cada rama de posibles acciones de General Motors. General Motors sólo puede decidir si cumplir o recurrir, pero tal decisión la puede llevar a cuatro escenarios distintos.

Para ver cómo se ha hecho el cálculo, consideremos la rama superior. Allí, General Motors decide cumplir y el valor esperado de su decisión es su costo o beneficio real (en el presente caso: -5 en costos de cumplimiento) multiplicado por la probabilidad de que en ese estado de cosas, Chrysler esté cumpliendo. Para estimar la probabilidad de ese estado de cosas, se multiplica la probabilidad de que Chrysler haya cumplido (0,5) por la probabilidad de que la regulación sea declarada válida, en caso de que Chrysler haya cumplido (0,9) y luego se multiplica ese resultado por los costos de cumplimiento. En la segunda rama, las probabilidades permanecen iguales porque sigue estando en la situación de "cumplimiento/norma declarada válida", pero los resultados son distintos por el hecho de que, en este estado de cosas, General Motors perdería el recurso, con lo que sufriría los costos por la sanción de 8 y los costos del recurso estimados en 1. La única situación en la cual existen resultados positivos, es cuando General Motors recurre, el recurso es exitoso y la regulación es anulada. En este caso, la empresa debe pagar los costos del recurso (-1) pero sale ganando de evitarse los costos de cumplimiento.

Cuando se multiplican todos los valores por la probabilidad de que una acción determinada sea tomada en una situación particular, se pueden

estimar el valor esperado de recurrir y el valor esperado de cumplir. Dados los valores totales que surgen de este árbol de decisión particular, para General Motors sería casi indiferente recurrir o cumplir. Un cambio menor en los valores asignados en el árbol de decisión, haría variar el balance para un lado u otro.

Del árbol podemos derivar importantes lecciones. Primero, nuevamente se demuestra que, sin una sanción frente a la falta de cumplimiento, el balance de los beneficios entre recurrir o cumplir, arrojará un balance muy favorable a recurrir. Incluso con sanciones, las posibilidades don parejas. Pero, segundo, de esto no se concluye que el añadir una sanción al sistema asegure que nadie jamás impugne las acciones de la Administración. De hecho, incluso con una sanción que sea mayor que la suma de los costos de cumplimiento y las pérdidas de participación de mercado, a un agente cuyos costos de cumplimiento sean apenas mayores a los que hemos asignado a General Motors en nuestro ejemplo, todavía le sería racional recurrir o, lo que es lo mismo, dejar de cumplir y resistirse a la ejecución de la regulación, blandiendo como defensa la posible falta de validez de tal regulación.

Pero existe una tercera lección que ha estado implícita a lo largo del análisis y que deberíamos resaltar: hasta el punto que el control judicial pueda ser un factor contribuyente en la "mineralización" del proceso normativo, el problema pudiera no estar en el aspecto generalmente más debatido, esto es, en la rigidez relativa del alcance o amplitud de la revisión. La rigidez judicial no es sino uno de los factores que tiene influencia sobre las posibilidades de éxito en recurrir de una regulación y en los resultados de recurrir contra los de cumplir. La oportunidad del recurso y sus condiciones de disponibilidad también influyen sobre tal cálculo, tal como el nivel de costos de cumplimiento. Existe un número significativo de opciones de política que permiten recalibrar el juego de manera tal que éste tenga una cantidad "apropiada" o "balanceada" de incentivos.

IV. EVALUANDO LAS POLITICAS

A. Atacando Problemas de "Alcance" o "Rigidez"

Los abogados estadounidenses discuten incesantemente en torno al alcance apropiado de revisión judicial de la actuación de la



Administración.²⁰ En múltiples oportunidades, el Congreso ha procurado moderar la rigidez de la revisión judicial, cambiando la redacción de las fórmulas sobre el alcance de la revisión. A diferencia de lo que sucede en la APA, las leyes de nuevos órganos regulatorios han establecido, en sus disposiciones sobre recursos sobre regulaciones informales, un estándar de "evidencia sustancial".²¹ Recientemente, se estableció un principio totalmente distinto al contenido en la APA, cuando se permitió la revisión judicial en materia de reclamaciones de veteranos.²² En algunos casos

²⁰ La reciente lluvia de artículos sobre el caso de *Chevron* es ilustrativa. La cantidad de árboles que han sido talados para poder producir el papel necesario para imprimir todos los artículos escritos en torno al estándar adecuado de revisión al interpretar las leyes provocados por este caso, casi justificarían que la Corte Suprema hubiera producido su propio estudio del impacto ambiental, junto con su sentencia. Véase, por ejemplo, T. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 Yale L.J. 969 (1992); M. Callahan, *Must Federal Courts Defer to Agency Interpretations of Statutes? A New Doctrinal Basis for Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 1991 Wis. L. Rev. 1275; G. Edles, *Has Steelworkers Burst Chevron's Bubble? Some Practical Implications of Judicial Deference*, 10 Rev. Litig. 695 (1991); C. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 Colum. L. Rev. 2071 (1990); I. Silberman, *Chevron - The Intersection of Law & Policy*, 58 Geo. Wash. L. Rev. 821 (1990); R. Pierce, Jr., *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 Vand. L. Rev. 301 (1988); E. Braun, Note, *Coring the Seedless Grape: A Reinterpretation of Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, 87 Colum. L. Rev. 986 (1987); K. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 Yale J. on Reg. 283 (1986).

²¹ La *Occupational Safety and Health Act* (Ley de Seguridad y Salud Ocupacional) y la *Consumer Product Safety Act* (Ley de Seguridad para los Consumidores de Productos) son claros ejemplos. No queda claro qué era exactamente lo que el Congreso tenía en mente cuando estableció la regla de evidencia sustancial para procedimientos informales. Quizás fue simplemente un compromiso entre aquellos que apoyaban esta legislación y su corolario lógico de elaboración normativa informal sólo limitada por el estándar de "arbitrariedad", y aquellos que se oponían a la legislación y querían al menos reducir su efectividad mediante la imposición de procedimientos formales para la elaboración normativa que pusieran en práctica la regla de "evidencia sustancial" de la APA. Los jueces que tuvieron que tratar con este compromiso demostraron su malestar. Véase *Industrial Union Department AFL-CIO v. Hodgson*, 499 F.2d 467, 469 (D.C. Cir. 1974), en que el Juez McGowan se lamentaba de que "las Cortes deberían tener la posibilidad de reclamar que se las exceptuase de correr con la carga adicional derivada de la falta de lógica del compromiso legislativo."

²² Veterans' Judicial Review Act, Pu. L. No. 100-687, 102 Stat. 4105, Div. A (1988).

(entre éstos, el famoso caso *Universal Camera*²³ es quizás el mejor ejemplo), las cortes han manifestado su creencia de que tales redefiniciones legislativas del estándar de revisión estaban diciéndoles algo importante sobre las expectativas de las ramas políticas, en torno al alcance de la supervisión judicial sobre las decisiones de órganos administrativos.

Sin embargo, no queda claro si, en teoría o práctica, el estándar de "arbitrario o caprichoso" se refiere realmente a algo distinto que el de "evidencia sustancial".²⁴ Y, mientras algunos académicos consideran que el carácter general de la revisión judicial revela continuos, aunque episódicos "fuertes escrutinios", otros tan solo ven, como la nueva tendencia, a "suaves miradas" u otras posturas judiciales metafóricas. Simultáneamente, algunos de los jueces contenciosos de más experiencia reconocen que la intensidad con que miran a las decisiones de un órgano administrativo específico dependen de una cantidad de factores históricos y de contexto que van más allá de la redacción legislativa.²⁵ Pareciera pues haber mucha razón en la propuesta

²³ *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951).

²⁴ A. Scalia y F. Goodman, *Procedural Aspects of the Consumer Product Safety Act*, 20 U.C.L.A. Rev. 899, 934 (1973).

²⁵ Al respecto es pertinente recordar la sugerencia del Juez Harold Leventhal en *Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F.2d 841, 851-52 (D.C. Cir. 1970), cert. denied 403 U.S. 923 (1971), que, al revisar la actividad de los órganos administrativos, las cortes buscan "alguna combinación de señales de peligro" que justifiquen un escrutinio intenso y quizás una anulación o reenvío. En su opinión, la función de revisión combina la supervisión judicial con un principio saludable de autocontrol judicial, una conciencia de que la Administración y las cortes conjuntamente constituyen una "alianza" para la búsqueda del interés público y son "instrumentos colaborativos de la justicia." Estos sentimientos se reflejan también en el *Attorney General's Committee on Administrative Procedure and Government Agencies*, Senate Doc. No. 8, 77 Cong., 1st Sess. 75-76 (1941).

La dificultad de combinar deferencia con escepticismo en las proporciones deseadas por el Congreso, a través de su formulación del ámbito de la revisión judicial, fue puesta de manifiesto por el Juez Brown en *American Petroleum Institute v. EPA*, 661 F.2d 340, 349 (5th Cir. 1981): "En resumen, le debemos conceder a la Administración considerable, pero no demasiada, deferencia; ésta tiene el derecho a ejercer su discrecionalidad, pero sólo hasta cierto límite y no más allá; y su discreción no tiene que ser ideal, ni quizás correcta, siempre que no sea "arbitraria" o "caprichosa".



de un comentarista de que, la verdadera cuestión en cualquier procedimiento de revisión es la racionalidad y que la "racionalidad depende del observador".²⁶

No es bueno tampoco forzar el argumento. Ciertamente habría diferencias en el juego de la revisión judicial si cambiamos las probabilidades de éxito en uno u otro sentido. Los resultados del juego son altamente dependientes de tales probabilidades. Sin embargo, la experiencia estadounidense sugiere la futilidad de procurar reducir la incertidumbre asociadas al proceso adversarial de litigio, mediante una redefinición del alcance o de la rigidez de la revisión judicial. El nuevo lenguaje legislativo puede tener algún efecto. Pero, dados los otros factores de contexto que influyen en el alcance de la revisión judicial, tal efecto tiende a ser pequeño y quizás efímero.

Adicionalmente, la literatura sobre juicios civiles²⁷ demuestra que el número de casos litigados depende, no del estándar fijado para el juicio, sino del grado en el cual los demandantes y demandados evalúen en forma similar, tanto lo que está en juego en el juicio, como las posibilidades de éxito del demandante (es decir, el valor esperado de ir a un juicio). Dada la cantidad de puntos que pueden ser litigados en casi cualquier procedimiento de revisión previo a la ejecución de una regulación, y lo vagos que resultan todos los estándares aplicables de revisión, parecen muy probable que las partes reguladas, los beneficiarios y la Administración midan en forma distinta las posibilidades de que una determinada regulación sobreviva a una revisión judicial. Adicionalmente, todos estos "jugadores" son "jugadores repetidos", en el sentido que deben considerar el valor estratégico de recurrir o defenderse ahora, sobre conflictos regulatorios sucesivos. Así pues, lo que está en juego en cada recurso puede ser distinto para cada parte, lo que llevaría a distintos valores esperados de recurrir, incluso si sus estimaciones en torno a las posibilidades de éxito del recurrente en un determinado caso fuesen idénticas. En resumen, es poco probable que existan transacciones en procedimientos de revisión previos a la ejecución de una regulación.

²⁶ J. Mendeloff, *The Dilemma of Toxic Substance Regulation: How Overregulation Causes Underregulation at OSHA* (1988).

²⁷ G. Priest, *Private Litigants and the Court Congestion Problem*, 69 B.C.L. Rev. 527 (1989); G. Priest & R. Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. Legal Stud. 1 (1984).

Incluso si se consideraran eficaces, las reformas en el alcance de la revisión judicial enfrentarían serios problemas adicionales. En Estados Unidos no resulta políticamente popular promover una reducción en la intrusión de la supervisión judicial, que ordene a los jueces ser más respetuosos de la discrecionalidad administrativa. Cada vez que el Congreso estadounidense ha debatido seriamente cualquier cambio general en el alcance de la revisión judicial de las regulaciones, en general ha procurado hacer que tal revisión sea menos, y no más, deferente hacia la Administración.

B. Cambiando lo que está en Juego

A pesar de lo arbitrarias que puedan resultar sus supuestos cuantitativos, los modelos precedentes de teoría de juego, pueden demostrar gráficamente como cuando el cambiar lo que está en juego produce efectos. Virtualmente no puede existir mejor forma de promover litigios, en lugar de cumplimiento, que establecer un esquema que permita el ejercicio inmediato de recursos, mientras evite todos los costos por cumplimiento y sanciones. A pesar de que los abogados y los litigios son caros, la mayoría de los procedimientos regulatorios involucran asuntos de tal importancia para al menos algunas empresas o individuos, que la carga (o los beneficios dejados de percibir) por el cumplimiento resultan mucho mayores que los costos de recurrir.

Podría resultar sabio entonces sugerir que el esfuerzo sistemático de aliviar las cargas del cumplimiento puede evitar una "guerra de trincheras" en el proceso regulatorio. Para esto hay varias técnicas disponibles. Simplemente prolongando los periodos de tiempo necesarios para el cumplimiento se tiende a reducir los costos, al igual que imponiendo estándares menos rígidos o de aplicación más reducida. También pueden ser recomendables mecanismos similares al mercado, mediante los cuales las partes reguladas puedan transar, minimizando los costos totales del cumplimiento. Sin embargo, esta estrategia de reducir lo que está en juego presenta problemas importantes. Uno es que pareciera sugerir que la solución frente a la escasez de regulación es hacer menos, o cosas menos significativas. En muchos



casos, la estrategia de reducir lo que está en juego, consiste en solucionar un problema mediante una rendición.²⁸

Hay, además, una dificultad mayor. Los argumentos presentados para reducir el status regulador, así como las estructuras estilizadas de juego que han sido presentadas, tienden a asumir costos homogéneos de cumplimiento. No obstante, el hecho es que la regulación desfavorece (o beneficia) a unas partes más que a otras.²⁹ Efectivamente, para ciertas partes, los "costos" de cumplimiento son más bien inversiones en ganancias futuras. La empresa General Motors, por ejemplo, no se unió a sus colegas/competidoras para impugnar una regla original de la NHTSA sobre sujetadores en los vehículos, debido a que esta empresa poseía patentes significativas sobre tecnología de bolsas de aire y esperaba derivar ventajas competitivas importantes de la regulación. Posteriormente, la misma empresa libró una intensa cruzada contra la NHTSA por la misma regulación, en parte porque sus decisiones titubeantes (a pesar de no ser particularmente culpa de ese órgano), limitaron las ganancias que General Motors habría podido percibir.

Estas diferencias en los costos del cumplimiento tienen una especial importancia para el proceso de elaboración de normas regulatorias. Las regulaciones existentes pueden tener efectos radicalmente distintos incluso dentro del mismo sector industrial y su eliminación puede favorecer a algunas partes de la industria más que a otras. Así pues, si se desea que el proceso legal tenga un impacto significativo en la batalla regulatoria, reducir lo que está en juego tendría que significar algo más que la simple reducción de las cargas regulatorias. Por ejemplo, el *Investment Company Institute* (Instituto de Empresas de Inversión) está seguramente entre las organizaciones gremiales empresariales más litigiosas de Estados Unidos, y quizás del mundo. Sin embargo, sus esfuerzos en el campo judicial están

²⁸ Y, como lo demuestra la reciente experiencia de dilución de las regulaciones de OSHA sobre exposición a sustancias tóxicas, la rendición puede no funcionar. 29 C.F.R. §1910 (1989). Véase también mi crítica de Mendeloff, J. Mashaw, Book Review, *The Dilemma of Toxic Substance Regulation*, 19 *Rand J. of Econ.* 486 (1988). Véase también S. Shapiro & T. McGarity, *Not so Paradoxical: The Rationale for Technology-Based Regulation*, 1991 *Duke L.J.* 729.

²⁹ B. Owen & R. Braeutigam, *The Regulation game: Strategic Use of the Administrative Process* (1978).

más frecuentemente destinados a liberar a sus miembros de las cargas regulatorias impuestas a los intermediarios financieros, que a promover el libre mercado.³⁰

Dadas las diferencias en los beneficios y en las cargas que las partes reguladas (asi como los potenciales beneficiarios de las regulaciones que han sido eliminadas o postergadas) soportan, una estrategia de reforma basada en reducir los litigios, reduciendo el status de la regulación parece impracticable. Los incentivos para el litigio legal continúan allí, con independencia de si los reguladores están regulando, desregulando o simplemente no regulando.

C. Oportunidad

Otra forma de ver el problema de lo que está en juego es observando la oportunidad (*timing*) de la revisión judicial. La afición moderna en Estados Unidos por la revisión inmediata previa a la ejecución, frecuentemente significa que las partes reguladas o desreguladas pueden escoger entre recurrir o cumplir, en un momento en el cual la alternativa de recurrir está relativamente libre de costos. Las regulaciones frecuentemente tienen plazos que se extienden más allá de la fecha en que se podría anticipar que el recurso haya sido decidido. Los recurrentes pueden tener disponibles mecanismos que suspendan la vigencia de la acción regulatoria, para protegerlos contra posibles esfuerzos desperdiciados de cumplimiento, mientras se decide el recurso. Concentrándonos sobre el punto de la oportunidad, podemos considerar problemas y oportunidades para reformas, que de otra manera se ignorarían.

En ciertas circunstancias, por ejemplo, la oportunidad del recurso tiene interacciones complejas con las posibilidades de que éste resulte exitoso. Si la disponibilidad de un recurso inmediato elimina el incentivo de las partes de acometer esfuerzos de cumplimiento, entonces probablemente también elimine los incentivos que de otro modo existirían para solucionar

³⁰ Véase, por ejemplo, *Board of Governors of the Federal Reserve System v. Investment Company Institute*, 450 U.S. 46 (1981); *Investment Company Institute v. Camp*, 401 U.S. 617 (1971); *Investment Company Institute v. FDIC*, 815 F.2d 1540 (D.C. Cir.), cert denied, 484 U.S. 847 (1987); *Investment Company Institute v. Conover*, 790 F.2d 925 (D.C. Cir.), cert. denied, 479 U.S. 939 (1986).



algunos de los problemas de posibilidad y de practicidad, que pueden ser relevantes en el litigio. En varias oportunidades, por ejemplo, las regulaciones de la NHTSA se atascaron en las arenas movedizas de la practicidad o racionalidad. Al pasar del tiempo, sin embargo, fue quedando claro que parte de los problemas tecnológicos que convencieron a las cortes a reenviar regulaciones a la Administración, hubieran podido haber sido resueltos. Más aún, hubieran podido haber sido resueltos mucho antes, si hubiesen existido esfuerzos de cumplimiento previos al ejercicio de recursos ante los órganos judiciales.

La oportunidad de la revisión también influye sobre el foco del litigio. En un contexto de cumplimiento, la revisión frecuentemente se concentra en uno o en unos cuantos asuntos específicos a una empresa particular, en un momento particular. Una revisión previa a la ejecución estimula, y generalmente resulta en, una larga lista de posibles fragilidades sobre el contenido sustantivo o sobre la regularidad procedimental de la regulación impugnada. La cantidad de puntos disponibles, combinada con la dificultad de conseguir pruebas de genuinos intentos de cumplir con las regulaciones, aumentan dramáticamente la incertidumbre de la revisión judicial.

Hace ya veinte años, Paul Verkuil advertía a los abogados estadounidenses sobre el efecto que las reformas en la oportunidad de los recursos tendrían sobre la calidad de la revisión. En palabras de Verkuil,

La consecuencia de una temprana revisión por la Corte de Apelaciones de las regulaciones previa a su ejecución será un nuevo enfoque en la actividad normativa. Se cree que este nuevo enfoque contribuirá a la creación de un nuevo modelo normativo. En el pasado, cuando una regulación sólo era revisable con posterioridad a su ejecución, podía transcurrir un tiempo considerable antes de que los procedimientos normativos y la base de fáctica de la regulación fueran examinadas. Como consecuencia de esto, la revisión de las circunstancias que rodearon la puesta en vigor de las regulaciones era secundaria y quedaba en sombra por el paso del tiempo; el punto fundamental era la aplicación de una regulación a un sujeto particular frente a la Corte. Pero con unos requisitos mucho más atados a nociones de finalidad y de oportunidad, la revisión de regulaciones puede tener

lugar casi inmediatamente y el enfoque sobre el proceso normativo puede ser mucho más agudo. En este sentido, una revisión temprana significa una revisión más cercana, lo cual *per se* lleva a un vigoroso escrutinio judicial del modelo regulatorio.³¹

El aporte fundamental en el análisis de Verkuil es haber localizado el punto focal del interés judicial como el "modelo" de la actividad normativa de la Administración. Con posterioridad, Harfst y yo denominamos este enfoque, la "revisión de racionalidad procedimentalizada". En lugar de asumir la tarea políticamente riesgosa de revisión de la racionalidad sustantiva, las cortes han procedimentalizado el estudio de los asuntos. De esta manera se han enfocado en cuestiones de, por ejemplo, adecuación en la motivación de la Administración, debida consideración de las objeciones presentadas por los oponentes de las regulaciones, o adecuación de las notificaciones o avisos de la Administración a las partes, quienes pueden alegar que habrían respondido de forma distinta, si hubieran conocido los verdaderos planes de la Administración, o los hechos o metodologías sobre los cuales se basaría la decisión.³² Resulta irónico, por supuesto, que tales intentos de evitar la excesiva intromisión judicial sobre las determinaciones sustantivas de la Administración puede haber sido la causa de incertidumbres y de una actividad normativa "defensiva" que han contribuido a su ineffectividad.

Todo lo anterior sugiere que, en la noción de cambiar la oportunidad de la revisión, puede haber algo más que su posible significado estratégico de desplazar los incentivos desde el litigio hacia el cumplimiento. Esta noción puede tener ciertas ventajas, en términos de ser más apropiada sobre esfuerzos de alterar el ámbito de la revisión hacia suaves miradas, o incluso sobre los esfuerzos más ambiciosos de proponer seriamente la

³¹ P. Verkuil, *Judicial Review of Informal Rulemaking*, 60 Va. L. Rev. 185, 204 (1974).

³² Véase, por ejemplo, *United States v. Nova Scotia Food Prod. Corp.*, 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977) (reenviando una regulación de la FDA en materia de pescado ahumado, por cuanto ésta no revelaba la metodología científica que justificaba su reglas propuestas).



exclusión de la escogencia de políticas de revisión judicial.³³ Excluir la posibilidad de revisión inmediata no tiene por qué implicar excluir totalmente la revisión. Se podría preservar el "derecho" individual a una revisión judicial independiente, tan apreciado en el Derecho estadounidense. El tema de la oportunidad también se presta más a control legislativo, que el intento de alterar el alcance de las revisiones, mediante la utilización de distintas fórmulas verbales. Adicionalmente, una revisión en la fase de aplicación tiende a mejorar los aspectos "políticos" de la revisión (la sensación de que tal revisión no es más que una disputa política entre grupos de intereses), simultáneamente enfocando temas concretos y proporcionando una mejor base de decisión. La revisión al momento de la "ejecución" o de la "implementación" coloca a los órganos judiciales en una mejor posición para defender sus decisiones contra alegatos de incompetencia o de interferencia política.

También existen problemas con esta concepción de la reforma. Primero, los desarrollos recientes, tanto en la legislación del Congreso, como en las reglas emanadas de la actividad judicial, han ido en la dirección contraria.³⁴ La revisión previa a la ejecución se ha vuelto la norma, y con creciente frecuencia, se ha prohibido una revisión posterior, durante los procedimientos de ejecución.³⁵ El impulso del Congreso ha estado orientado a establecer una oportunidad para la rápida resolución de las

³³ La Corte Suprema intentó tratar esta clase general de problemas en el caso *Chevron* (*Chevron, U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984)), sin embargo la voluminosa literatura sobre el caso *Chevron* parece unánime en sugerir que tal intento fracasó.

³⁴ En la pasada década se realizó un catálogo impresionante de disposiciones legislativas sobre revisión previa. Véase F. Davis, *Judicial Review of Rulemaking: New Patterns and New Problems*, 1981 Duke L.J. 279 (1981) El catálogo de Davis era incompleto y desde su publicación muchas disposiciones en la materia han sido aprobadas o modificadas.

³⁵ Las modificaciones de 1972 al *Federal Water Pollution Control Act* (Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua) son típicas. 86 Stat. 891, §§ 509 (b) (1) y (2), en 33 U.S.C. § 1369 (b) (1) y (2) (1982 y Supp. 1991). Estas modificaciones establecen un corto plazo (90 a 120 días) a contar desde la promulgación, durante el cual las regulaciones pueden ser impugnadas. Luego de este plazo sólo se admitirían recursos por causas sobrevenidas y quedaría expresamente prohibida la posibilidad de revisión en procedimientos civiles o penales de ejecución.

alegatos de nulidad, en la creencia de que la certeza jurídica beneficia, tanto a la Administración, como a los intereses afectados.

Pero la falta de atención a la forma en que tal resolución del problema de la oportunidad moldea los incentivos para litigar, pudiera haber producido unos resultados perversos. Aparte de que la resolución de las controversias no ha sido particularmente rápida, muchas de estas resoluciones pueden haber sido innecesarias. Además, la decisión judicial usual, reenviar a la Administración para su reconsideración, produce incertidumbre y retardo. La imposibilidad de revisión inmediata induciría un periodo durante el cual se intentara cumplir con la regulación, se experimentara y se efectuaran negociaciones entre la Administración y las partes afectadas, lo cual perfectamente podría resultar en mejores reglas, cumplimiento más rápido y menos litigios. Existen muchas razones que recomiendan volver al anterior sistema vigente en Estados Unidos, que favorecía la revisión de las regulaciones al momento de su ejecución. La revisión judicial innecesaria ridiculiza al proceso de formulación de políticas y simultáneamente pone en peligro la legitimidad judicial y administrativa.

Obviamente, estas conclusiones requieren de alguna calificación. A pesar de que la revisión previa a la ejecución ha resultado particularmente disfuncional en el contexto de fijación de estándares en la NHTSA, la OSHA, la FTC y la FERC, en otras áreas puede resultar extremadamente importante permitir este tipo de revisión previa. Por ejemplo, en el caso de los estándares de calidad de aire, fijados por la EPA. Estas últimas regulaciones establecen objetivos que son luego implementados a través de un proceso complejo del nivel federal y estatal, el cual puede requerir certeza jurídica antes de poder movilizar recursos políticos. En otros programas, la revisión previa no crea incentivos de cumplimiento/litigio en la misma forma. Las modificaciones en las reglas contables de la Securities and Exchange Commission pueden ser implementadas en plazos muy breves. En este caso, la opción de litigar, en lugar de cumplir, aparece muy limitada, a falta de un efecto suspensivo del recurso sobre la regulación impugnada, mientras dure el proceso judicial. En otros programas, las partes afectadas pueden considerar que una regla que les proporcione certeza jurídica es preferible a un sistema no estructurado de licencias o investigaciones. Así pues, en algunos casos, la perspectiva de incentivos desequilibrados a favor de litigar en lugar de cumplir, puede ser menos significativa. Una dificultad



adicional al procurar modular la oportunidad de las revisiones judiciales, tiene que ver con el hecho de que la oportunidad no es sólo una función de políticas fijadas por el Congreso. Una larga secuencia de decisiones de la Corte Suprema de Justicia estadounidense ha reinterpretado las disposiciones, tanto de la APA, como de otras leyes generales, para permitir la revisión previa. Leyes posteriores del Congreso que permiten la revisión previa de las regulaciones de ciertos órganos administrativos específicos pueden ser interpretadas como un esfuerzo del Congreso de regular la disponibilidad de tales recursos, y no necesariamente como una profundización de la iniciativa de la Corte Suprema. En ningún caso, se podría considerar que el establecimiento de recursos de revisión previa representan una iniciativa del Congreso impuesta sobre un Poder Judicial opuesto. Se requerirá una significativa actividad del Congreso, para hacer cambiar la opinión generalizada actualmente que presume la disponibilidad de los recursos de revisión previa. Sin embargo, a falta de tal esfuerzo, el proceso regulatorio en Estados Unidos seguirá decepcionando a casi todas las personas, tanto a quienes son partidarios de una acción decidida del Estado para proteger y promover el bienestar colectivo, como para quienes promueve la desregulación. Para ambas cosas, es necesario contar con un proceso normativo efectivo en la Administración federal; una efectividad que se ha visto seriamente comprometida por el legalismo conflictivo tan dominante en la actualidad en el sistema de revisión judicial de regulaciones en Estados Unidos.

**LA REVISION JUDICIAL DE LA
ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA
ADMINISTRACION**



LA REVISION JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACION

Por Irene Loreto González

De acuerdo con el comité organizador de estas jornadas, consideramos oportuno hacer una breve comparación entre el sistema legal norteamericano y nuestro sistema.

De esta manera, hacer un recorrido sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia, relacionado con la revisión judicial de los actos administrativos de efectos generales.

I. SISTEMA LEGAL VENEZOLANO

1. Potestad Reglamentaria de la Administración

De acuerdo al concepto emitido por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su libro *Curso de Derecho Administrativo*, se llama reglamento a toda norma escrita dictada por la administración.

El reglamento tiene de común con la ley el ser una norma escrita, pero difiere en todo lo demás. De esta nota común pocos caracteres genéricos pueden derivarse. Lo propio del reglamento, lo que le separa definitivamente de la ley es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, obra de la administración. Como todos los productos administrativos, el reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el juez -y aún, como hemos de ver, enjuiciable también por los destinatarios-. Su sumisión a la ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido.

Se llama *potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la administración dicta reglamentos*; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo, la administración no es sólo un sujeto de derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le den impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aún el de los demás en los términos que veremos.

A. Justificación de la Potestad Reglamentaria

La atribución a la administración, de un poder de creación de normas jurídicas, tiene una importancia de primer orden. Es dicho deber-, por otra parte, de un uso extensísimo y generalizado, hasta el punto de que ha sobrepasado notablemente en volumen y aún en significación práctica al del Poder Legislativo. Es justamente, aquí, como ya hemos notado, donde ha podido hablarse con toda oportunidad de motorización legislativa. El ordenamiento jurídico actual está marcado por este hecho.

Ante tal constatación hay que preguntarse por las razones en base a las cuales se atribuye un poder tan importante y decisivo a la administración pública. Es el problema de la justificación de la potestad reglamentaria, cuestión que es susceptible de ser afrontada desde una doble perspectiva: por una parte, se trata de averiguar las causas políticas y sociales capaces de explicar el hecho mismo de la atribución a la administración de tal potestad de dictar normas jurídicas; por otra, hay que indagar también en base a qué fundamentos jurídicos va a poder emanar la administración tales normas.

La existencia del poder reglamentario de la administración es algo evidente en el mundo actual, por encima de diferencias constitucionales en los diversos sistemas. Tiene un origen francés la vivencia de la misma por las monarquías continentales del siglo XIX ha consolidado un sistema francés en la materia, según el cual el ejecutivo dispone de un poder reglamentario general, no necesitado de habilitaciones legales específicas.

El sistema anglosajón que con mayor fidelidad al principio de división de poderes parte del monopolio normativo del legislativo, ha tenido que arbitrar un poder normativo del ejecutivo sustentado en la técnica de *Delegates Legislation*, esto es de las delegaciones legislativas específicas



que suplen la inexistencia constitucional de un poder reglamentario general.

2. Acción de Nulidad contra los Actos Administrativos de Efectos Generales

El artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece:

"Toda persona natural o jurídica plenamente capaz que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento,, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de algunos de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del poder ejecutivo nacional puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las disposiciones transitorias de esta ley".

El artículo anteriormente transcrito se encuentra dentro del capítulo N° 11 de la Ley Orgánica mencionada, titulado "*De los procedimientos en primera y única instancia*".

Mediante este artículo, la Ley Orgánica reguló en igual forma el procedimiento de impugnación de leyes nacionales, estatales o municipales que se inicia mediante el denominado recurso o acción de inconstitucionalidad, y el de impugnación de reglamentos y demás actos administrativos de carácter normativo o de efectos generales, los cuales tradicionalmente y con antecedentes desde mitades del siglo pasado pueden ser impugnados por vía de acción directa ante la Corte Suprema de justicia y demás tribunales contencioso administrativos, configurándose el recurso como una acción popular. (Cfr. Allan Brewer-Carias, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Editorial jurídica Venezolana, 1993).

A. Legitimación Activa

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, en el artículo 112, antes transcrito, al establecer: "*Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por la ley..*", podría sugerir dudas en torno a la supervivencia de la acción popular y su posible eliminación en el país. Sin embargo, ya ha quedado dilucidado por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, que la exigencia de que el acto administrativo de efectos generales, para ser recurrido en vía

contencioso administrativa deba afectar los derechos e intereses del recurrente, no ha significado en modo alguno la eliminación de la acción popular, ni el establecimiento de una especial legitimación activa para interponerla, referida a la protección o defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos de ciudadanos en particular. En sentencia de la Corte Suprema de justicia en pleno, de fecha 30 de junio de 1982, publicada en la Revista de Derecho Público N° 11, se establece *"el objeto es la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía, y si bien la Ley Orgánica exige que la persona que ejerce el recurso sea afectada en sus derechos o intereses, ello se ha considerado como de interpretación rigurosamente restrictiva, concluyendo la Corte en que cuando se ejerce el recurso de anulación contra los actos administrativos de efectos generales, debe presumirse, al menos relativamente, que el acto de efectos generales recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario"*. (Cfr. Allan Brewer-Carías, Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo Venezolano; y Luis Henrique Farías Mata, ¿Eliminada la acción popular del Derecho Positivo Venezolano?, Revista de Derecho Público No 11, julio-septiembre de 1982).

De acuerdo al artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, también está legitimado el Fiscal General de la República.

B. Tribunal Competente para conocer de los Recursos de Nulidad contra Actos de Efectos Generales.

La competencia para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales, está determinada en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, en el artículo 42 y sus disposiciones transitorias.

Corresponde a la Corte en Pleno el conocimiento de los recursos contra Leyes, Reglamentos, Decretos y de los demás actos administrativos de efectos generales, cuando el vicio en que se fundamenta el recurso, sea la violación de una norma constitucional, cualquiera que sea el órgano emisor.

Corresponde a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de justicia, el conocimiento de los recursos contra actos administrativos de efectos generales, cuando el vicio está fundamentado en razones de



ilegalidad, y cuando los actores de dicho acto sean los cuerpos deliberantes nacionales.

Corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de la acción de nulidad en contra de los actos administrativos de efectos generales cuando el fundamento de la acción es una razón de ilegalidad y el autor del acto es un establecimiento público.

Corresponde a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de la acción de nulidad por razones de ilegalidad contra los actos de efectos generales emitidos por el Poder Ejecutivo Estadal y Municipal.

En este sentido, Cfr. Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, comentada por Josefina Calcaño de Temeltas y Allan Brewer-Carías, Colección Textos Legislativos N° 8, 2da. Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, Pág. 80.

C. Suspensión Temporal de los Efectos del Acto.

Sobre la suspensión temporal de los efectos del acto administrativo en el recurso o acción de nulidad contra actos administrativos de efectos generales, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia textualmente señala:

"A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable, para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso..."

Dicho Artículo 136 ha sido objeto de abundante jurisprudencia y vamos a considerar la medida de suspensión de los actos administrativos según sus efectos (o del principio de procedencia de la suspensión frente a actos de efectos particulares y de improcedencia frente a actos de efectos generales).

La jurisprudencia ha señalado:

a. *"Se observa que la suspensión de los actos administrativos por vía de recurso contencioso administrativo, sólo procede contra actos de efectos*

particulares, por cuanto lo que intenta impedirse con esta medida cautelar es que el destinatario de una decisión administrativa o los destinatarios de la misma sean afectados en su esfera jurídica por el efecto que la ejecutoriedad del acto tiende a producir, sin que pueda resarcirse el daño que ella cause a través de la sentencia, que en definitiva anule el acto.

En efecto, si el acto se considera violatorio de las garantías constitucionales, la impugnación de ilegalidad no pareciera la vía adecuada; por otra parte, si se estima que el acto lesiona a todos los menores en su esfera jurídica, en tal caso se le califica como defectos generales y en tal hipótesis el recurso debería ventilarse a través de un procedimiento de distinta naturaleza y no cabría contra el objeto de la impugnación posibilidad alguna de suspensión". (Sentencia 1º de junio de 1992, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Hildegard Rondón de Sansó).

b. Siguiendo con este mismo hilo, existe otra ponencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bajo la ponencia del Magistrado Aníbal Rueda, de fecha 27 de junio de 1.984, que textualmente señala:

"En consecuencia, si el acto impugnado es un acto de efectos generales, necesariamente debemos afirmar que en el presente caso no se cumplen la totalidad de los requisitos establecidos en el Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia, o sea, como indicamos anteriormente, es supuesto indispensable para la procedencia de la suspensión de un acto administrativo, que el acto sobre el cual recae la solicitud sea de efectos particulares. Situación que conduce necesariamente a esta Corte establecer que en la presente solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, no se cumple con la totalidad de los requisitos indicados en el ya tantas veces citado Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia y así expresamente se declara". (resaltado mio).

Esta sentencia tiene un voto salvado de los Doctores Hildegard Rondón de Sansó y Román José Duque Corredor, aunque están de acuerdo "con la sentencia en que la solicitud de suspensión de efectos del acto impugnado es improcedente, porque no están acreditados los perjuicios que el recurrente dice experimentar con dicho acto, sin embargo, salvan su voto por disentir de sus colegas de la motivación del fallo que antecede, por lo que atañe al carácter absoluto que a la misma se le atribuye a la exigencia



de que el acto idóneo para ser objeto de suspensión sea de efectos particulares, ya que a juicio de quienes disienten, *el juez tiene una facultad amplia de apreciación de las situaciones que le son planteadas considerando sobre todo el hecho de que no hay una distinción neta entre los actos generales y los individuales, ya que la diferencia no se erige en el carácter normativo o no de los mismos, sino en la posibilidad de determinación de los sujetos en los cuales recaerían sus defectos y tal circunstancia no es siempre matemáticamente verificable.* (resaltado mío).

Es de observar que si bien el Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exige para que opere la suspensión que el acto recurrido sea de efectos particulares, sin embargo, dicha disposición se ubica en la sección cuarta del Capítulo 11, que se denomina disposiciones comunes a los juicios de nulidad de actos de efectos generales o de actos de efectos particulares. *"A juicio de quienes disienten la inclusión de la facultad de suspensión de los actos en un Capítulo que rige para todos los procedimientos de los recursos de nulidad que se ventilan en Primera Instancia, no constituye un simple error del Legislador o una contradicción flagrante con el texto mismo del artículo transcrito que señala como objeto de la suspensión al acto administrativo de efectos particulares, sino que, por el contrario, obedeció a la idea más general de que una medida de tal índole pudiera operar en relación con disposiciones que afecten a grupos ya administrados, siempre y cuando las mismas mantengan la característica de ser actos administrativos esto es actos de ejecución de la Ley (carácter sub-legal, emanados de órganos dotados de un poder autoritario, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de los administrados y que versen sobre materia administrativa en la medida en que tales administrados pudieran ser identificados. El Legislador dejó así abierta la posibilidad de que el juez pudiera apreciar la naturaleza de los efectos del acto, determinando si los mismos se dirigen a toda la colectividad o a sujetos específicos de ella perfectamente determinable, en vista de lo cual, si bien podrían ser calificados como generales, dada la pluralidad de personas sobre las cuales recae; sin embargo su eficacia está circunscrita a una esfera claramente determinable. La labor del interprete se dirige así a conciliar las aparentes incongruencias, desentrañando la voluntad de la Ley en cada caso específico, que es el fin y objetivo de la hermenéutica jurídica; de lo anterior, se evidencia que a pesar de que la disposición del Artículo pareciera ser excluyente de los actos de efectos generales no podría hacerse tal*

afirmación en forma rotunda sin apreciar el supuesto específico sobre el cual el juez ha de decidir". (Sentencia consultada en original).

c. Así mismo, en sentencia del 16 de noviembre de 1989, bajo la ponencia de la Dra. Cecilia Sosa Gómez, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de justicia en el caso Mochima, estableció:

"La suspensión de los efectos del acto administrativo se justifica para evitar que la ejecución del acto administrativo produzca un perjuicio de tal naturaleza al administrado, que será imposible repararlo si posteriormente es anulado; o cuando sea de difícil reparación por la sentencia definitiva, los daños que puedan resultar de la ejecución del acto. Si el acto administrativo impugnado está dirigido a propietarios y ocupantes, y quienes intentan el recurso de nulidad invocan tal condición, de ejecutarse la medida de demolición en el plazo estipulado en el decreto impugnado, y ante la expresa voluntad de los recurrentes, debe esta Sala decidir acerca de la procedencia o no de la suspensión de los efectos del acto, para lo cual procede a valorar la dimensión de esos posibles daños y la irreparabilidad o dificultad de reparación.

En el caso Subjude, y como consecuencias de los efectos del acto debe procederse a remover las construcciones en un plazo de noventa (90) días; en caso contrario el ejecutivo procederá a su demolición.

La remoción o demolición de las aludidas construcciones, envuelve para los recurrentes un daño de difícil reparación por la sentencia definitiva, caso de que su recurso prosperara, desde que devolver las bienhechurías a su estado original hace procedente lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la suspensión de los efectos del acto, y así se declara".

d. Asimismo, en sentencia del 22 de febrero de 1990, bajo la ponencia de la Dra. Cecilia Sosa de Gómez, la Sala Político Administrativa estableció:

"La solicitud de los efectos del acto administrativo impugnado, se basa en lo siguiente: 1) Que aún siendo el Decreto N° 270 un acto general, esto es, dirigido a un número indeterminado de personas, cuales serían los propietarios de construcciones y bienhechurías en general, ubicadas dentro de la extensión que conforma el Parque Nacional Mochima, sin embargo



va a producir efectos en lo que a los recurrentes se refiere, pues cumplido el lapso en el establecido, para que se proceda a demoler las construcciones y bienhechurías, sino se ha decretado la nulidad del acto, el Estado procederá a la demolición inmediata conforme a los términos del Decreto. 2) Que la demolición de las construcciones levantadas en la extensión de terreno propiedad de los impugnantes causará un grave daño de difícil reparación por la definitiva, toda vez, que de permitirse que de la orden de demolición contenida en el Decreto No 270, se lleve a la práctica y de resultar éste declarado nulo posteriormente, sólo quedaría a los actores el derecho a obtener la indemnización correspondiente, utilizando para ello la vía jurisdiccional, lo cual implicaría que, además de la pérdida sufrida con la demolición tendrían que incurrir en ingentes gastos para atender la demanda de daños y perjuicios resultantes. Señalan los accionantes que el acto administrativo es un "Acto General", a este respecto la Sala observa que en primer término el Acto Administrativo recurrido sobre el cual se alegan razones de ilegalidad va dirigido a un grupo perfectamente determinado o determinable de personas, pues de su texto se desprende que sus destinatarios son, únicamente, quienes incumplieron lo establecido en el Artículo 2º del Decreto N° 1.305 del 26 de noviembre de 1981 y, en general, quienes actualmente son propietarios u ocupantes de construcciones existentes sobre aguas, manglares o superficies que anteriormente lo fueron, así como sobre callos, islas, o sobre cualquier área del terreno ubicado dentro de los linderos del Parque, la naturaleza del acto administrativo impugnado es de efectos particulares. Tal circunstancia fue determinada por esta Sala, en la ocasión de decidir acerca de la admisión de la acción de nulidad por ilegalidad intentada conjuntamente, con acción de amparo contra el Decreto N° 270 del 9 de junio de 1989, que cursan en el expediente N° 6810".

e. Esta tesis del acto de contenido no normativo que debe ser calificado como de efectos particulares, ha sido una tesis sostenida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Decisión del 24 de noviembre de 1980, (Revista de Derecho Público N° 5, Editorial jurídica Venezolana, Caracas 1981): "Se ha ejercido la acción de nulidad prevista en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia. Esta acción es procedente contra los actos como el impugnado en el caso de autos, que por no ser de carácter normativo, sus efectos no son generales, es decir, no afectan a toda la ciudadanía, y por ello tiene pautado un procedimiento especial de impugnación en sede jurisdiccional, cuyas características más

resaltantes estriban en la prescriptibilidad de la acción de nulidad (Artículo 134 de la Ley Orgánica de La Corte Suprema de justicia) y la cualidad específica para incoar la acción que impide a cualquier ciudadano poder intentarla, no hay pues acción popular de la naturaleza particular de estos actos, es decir de su afectación a un solo individuo o a un número indeterminado o identificable de personas, debido precisamente a la exigencia contenida en la Ley de un interés personal legítimo y directo". Esta jurisprudencia ha sido confirmada virtualmente por La Corte Suprema de justicia en Sala Político Administrativa en Auto de fecha 5 de abril de 1984 Gaceta Forense N° 124, Volumen 1, Pág. 336).

La suspensión de efectos del acto administrativo está prevista legalmente para los actos administrativos de efectos particulares. En este sentido, el Dr. Allan Brewer-Carías señala: *"Ha habido discusión en torno a los criterios de distinción entre los actos administrativos de efectos particulares que adoptó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para regular los procedimientos. Sin embargo, dada la naturaleza diferente de dichas regulaciones, es evidente que el criterio que tuvo en mente el legislador, a pesar de la falta de uniformidad de la terminología empleada, está referido al carácter normativo de los actos recurridos. Así, los actos administrativos de efectos generales son los actos normativos, cuyos destinatarios son indeterminados o indeterminables; en cambio, los actos administrativos de efectos particulares son los que no tienen carácter normativo, y cuyos destinatarios o es un sujeto derecho (acto individual) o una pluralidad de ellos, pero determinados o determinables (acto general). Este criterio de distinción, en nuestro criterio, es el único congruente con la diferencia procedimental establecida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia entre los "juicios de nulidad de los actos de efectos generales" y los "juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares". ("Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela", Editorial jurídica Venezolana, Caracas 1993, Pág. 73).*

**TENDENCIAS ACTUALES DEL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
EN VENEZUELA**



**TENDENCIAS ACTUALES DEL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA**

**HACIA LA NOCIÓN DE GARANTÍA INTEGRAL
DE LOS DERECHOS DEL PARTICULAR**

Por
Humberto J. Briceño León
Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela

El sistema Jurisdiccional del Contencioso Administrativo en Venezuela tradicionalmente ha sido orientado por una concepción objetiva del mismo, centrandó así su tarea fundamental en el control de la legalidad administrativa. En Venezuela han sido importantes las influencias de los sistemas de Jurisdicción de Contencioso Administrativo basados en una concepción del acto administrativo como forma casi exclusiva de expresarse la administración pública. En efecto, la concepción objetiva de esta jurisdicción entiende al acto administrativo en su noción formal como la típica manifestación de voluntad administrativa del estado y casi su exclusiva forma de expresión. Desde esta perspectiva objetiva lo controlable por la jurisdicción, por esos jueces, es el acto administrativo. Esta concepción tiene dos consecuencias básicas y por supuesto conectadas entre sí, (i) tiende a tener una concepción más abierta del sistema de legitimación, destinada a permitir un acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa aún para quienes no tuviesen un interés calificado para la impugnación, y (ii) como producto de este elemento se tiende a conducir al sistema Contencioso Administrativo hacia un contencioso popular, así se le entiende como un sistema más abierto a la posibilidad impugnatoria de actos generales o de contenido normativo. De este modo, lo esencial para el sistema objetivo es la revisión de la legalidad del acto administrativo.

Con esta tesis contrasta la concepción subjetiva del Contencioso Administrativo, en tesis de esta doctrina lo esencial para el Contencioso es

el restablecimiento de la lesión jurídica subjetiva que se le ha causado a un particular; el resarcimiento de la lesión al particular es el objetivo central del Sistema Contencioso Administrativo, más que la sola revisión abstracta y aislada de la legalidad de un determinado acto administrativo. Esta doctrina tiene una concepción mucho más amplia de las formas de actuación de la administración en la estructura del estado contemporáneo que están en consecuencia sometidas al control jurisdiccional. En efecto, esta tesis no restringe a la noción de acto administrativo su concepción sobre las formas de expresión y actuación de la administración, incluye, por el contrario, muchísimas otras formas de expresión o de actividades de la administración susceptibles de ser controladas por el Juez. En efecto, la concepción subjetiva entiende al acto administrativo como solo una de las formas por medio de las cuales se manifiesta la administración y así admite un espectro de actuaciones muchísimo más amplia. Esta tesis subjetiva del Contencioso Administrativo apareja también dos consecuencias fundamentales y conectadas entre sí: (i) el sistema de legitimación está fundamentalmente vinculado a determinar la posible lesión a un derecho correspondiente a un particular y será la existencia de dicha lesión el elemento legitimador o habilitador para accederse al Contencioso Administrativo; (ii) esta concepción de legitimación especial proveniente de la concepción subjetiva excluye de la revisión del Contencioso Administrativo aquellos actos de los que no provenga o este presente este elemento legitimador y por ello los actos de efectos generales que no causen efectos o lesiones directas a un particular o a un grupo de particulares no serán en principio, susceptibles de revisión contencioso administrativo ya que no sería su tarea fundamental tutelar un interés general público. En consecuencia, este sistema tiende a negar el sistema popular de legitimación para la impugnación de los actos administrativos. Creo, a pesar de las importantes influencias que nuestro sistema ha recibido de la noción objetiva, que el Contencioso Administrativo Venezolano, puede presentarse desde el punto de vista normativo como un Contencioso Administrativo subjetivo, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, sin negar por supuesto que muchas previsiones normativas están efectivamente concebidas en el marco de un sistema objetivo. Al mismo tiempo creo que la tendencia es a ser percibido y a funcionar cada vez más como un sistema de control subjetivo de la actividad administrativa, y no del solo acto administrativo. Sin embargo, no podemos olvidar que como producto de las influencias referidas, la jurisprudencia, la doctrina y en parte la legislación, de una manera insistente, han afirmado en



Venezuela un ideal objetivo. Nuestro contencioso administrativo esta tendiendo ahora hacia una concepción distinta y esta tendencia en mi criterio debe ser alentada. Adicionalmente debemos mostrar que en nuestro país se han elaborado tesis que permiten equilibrar una de las consecuencias señalada como negativa de esta tesis, nos referimos a la posibilidad de impugnar actos generales, aún con el sistema de legitimación que requiere la concepción subjetiva. En efecto, nuestro contencioso por vía de la acción de nulidad contra actos de efectos particulares admite la posibilidad de impugnar actos generales que ha dado en llamar la Corte de efectos particulares, y en consecuencia susceptibles de ser controlados, si contienen lesiones actuales a un derecho perteneciente a un particular, aun cuando dicha lesión provenga de actos que en principio pudieran ser estimados como de efectos generales, así nuestra Sala Política Administrativa ha admitido el control a lesiones contra "actos generales de efectos particulares" a los fines de su impugnación.

Así, tenemos en Venezuela un sistema que al menos desde un punto de vista constitucional puede soportar un contencioso administrativo fundamentado básicamente en el restablecimiento de lesiones jurídicas subjetivas, y por otra parte una fuerte influencia de escuelas que han mantenido un criterio objetivo o de revisión estricta de la legalidad, fundamentado en la idea de acto administrativo como fórmula esencial de expresión de la voluntad administrativa.

Esta paradoja del sistema jurídico venezolano se desarrolla en el marco de múltiples tendencias, en nuestro criterio actualmente es posible detectar algunos indicios que indican que va hacia un sistema de revisión subjetiva, esto es, a centrar su objetivo en el restablecimiento de las lesiones jurídicas subjetivas, y así presentaremos algunos importantes indicios de nuestro sistema, demostrativos en nuestra opinión de su tendencia hacia la subjetivización, como el que constituye la novedosa y consistente aceptación por parte de nuestra Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de la categoría "acto general de efecto particular", admitiéndose con tal tesis su revisión. Por otra parte presentaremos también como indicio de la tendencia del contencioso administrativo venezolano el relativo a restablecer situaciones jurídicas lesionadas aun cuando esas mismas decisiones en ocasiones califiquen como contencioso objetivo al recurso, en ocasiones hasta sustituyéndose en la administración, asemejándose estas respuestas de nuestro contencioso a las decisiones

que se producen para acciones de pretensión obligacional semejantes a las que ocupan al sistema alemán, y que se diferencian de la estrictamente anulatoria, asemejándose a la posibilidad que el sistema alemán permite de interponer recursos de nulidad conjuntamente con pretensiones de condena contra la administración. Analizaremos, como expresión de la tendencia a la subjetivización del sistema contencioso administrativo venezolano, la ampliación de los poderes del juez en nuestro sistema contencioso, cuanto a la revisión de la discrecionalidad, de aspectos que podrían significar mérito u oportunidad; todo esto contra otras tesis que han promovido, tal vez exageradamente, el que ha de dejarse exclusivamente a la administración la determinación de tales circunstancias. Esos indicios parecen indicar mayor intromisión del Juez en algunas áreas en las que evidentemente la perspectiva objetiva no admite. Proponemos acentuar estas tendencias subjetivadoras del sistema Contencioso Administrativo Venezolano y por ello permitir la ampliación de los poderes del Juez frente a la administración, admitiendo algunos tipos de pretensiones que obviamente se integran de modo esencial a la estimación de la legalidad de la actividad administrativa bajo control, pero centrando el objetivo en la protección a los derechos del ciudadano.

Por ello, mi proposición es un poco a profundizar la tendencia controladora del contencioso administrativo venezolano desde los elementos que el propio contencioso administrativo venezolano ha venido elaborando. Esta proposición tiene como consecuente la necesidad de que adquiera expresión legislativa en futuras reformas, la previsión de acciones prestacionales para el contencioso administrativo, no solamente de aquellas ya previstas como la de abstención, sino que se amplien y compadezcan con una concepción mucho más amplia de la que corresponde al acto administrativo y se abra hacia la concepción de "actividad administrativa" y "relación jurídica" a la que se refiere el sistema contencioso administrativo alemán al cual vamos a hacer algunas referencias.

La polémica entre estas dos tesis, la objetiva y la subjetiva ya era conocida durante el siglo XIX, para unos los tribunales debían ceñirse al control de la legalidad y para otros debía extenderse a enjuiciar la discrecionalidad y oportunidad de los actos administrativos. Por supuesto, producto entre otros hechos históricos de la guerra, el contencioso administrativo general avanzó hacia su judicialización, a pesar de las excepciones, todo ello



también por efecto entre otras cosas de la necesidad de profundizar los principios del estado de derecho.

Como ejemplo de un sistema concebido bajo la óptica objetiva podemos mencionar al sistema austriaco actual del contencioso administrativo, el cual consiste en una única instancia concentrada en un tribunal contencioso administrativo en Viena. Así el Tribunal Austriaco entra a conocer de cuestiones formales, del enjuiciamiento de la competencia de la administración, de vicios de procedimiento o forma, y no determina la cuestión material del fondo del asunto. El tribunal contencioso administrativo austriaco se ciñe al control de legalidad al estilo casatorio, en Austria no se conocen las acciones de condena o prestacionales y por ello en vez de ejercitarse pretensiones de "superación u omisión" como en Alemania, la garantía se limita a una indemnización por vía de la responsabilidad administrativa, y funciona también la acción de inactividad ante el retraso o no contestación de la administración. Es bueno, en este momento, recordar también que en el sistema venezolano la acción de plena jurisdicción esta admitida, para algunos acumulando a la pretensión anulatoria a una de condena, otros concibiendo su posible naturaleza autónoma permitiéndose su interposición no acumulada a la pretensión anulatoria. Para los alemanes de hoy en día, y para la doctrina mayoritaria, está fuera de toda duda que la protección de los derechos del individuo es la misión esencial de la jurisdicción contencioso administrativa, así cuando se ejerce una acción de anulación la demanda puede ser estimada solo si efectivamente existe una lesión al derecho subjetivo sin ser en consecuencia solo un medio de control objetivo de la legalidad.

Tal como hemos dicho el tribunal en este tipo de sistemas subjetivos centra su actividad en determinar si ha existido una lesión jurídica a los derechos individuales de los sujetos, y con ello proclama una protección jurisdiccional plena a los derechos del individuo y aún cuando ciertamente sirve al control de la legalidad de la actividad administrativa el objetivo es servir mediante dicho control de la legalidad a la protección del individuo, su fundamento está en el resarcimiento efectivo de los derechos del ciudadano, este tipo de sistema entienden por lesión jurídica subjetiva un perjuicio en los derechos del particular y ese concepto de lesión se integra a otro, al de la legalidad de la medida administrativa para que pueda ser acordada la pretensión.

Esta concepción sobre el contencioso administrativo por supuesto plantea una fórmula de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa desde el punto de vista del ciudadano. En Alemania por razones de la Ley Fundamental -artículo 19.4- es la jurisdicción contencioso administrativa el medio para resarcir las lesiones jurídicas subjetivas. En efecto es la norma constitucional la que declara que el sujeto tiene un derecho a la jurisdicción y ha sido esta perspectiva la que ha impuesto el examen de la legitimación al momento de la admisibilidad de la demanda y de este modo se exige comprobar si efectivamente se presenta la lesión jurídica subjetiva, y por tal razón solo habrá proceso contencioso administrativo si existe una lesión que deba ser restablecida. Este sistema por supuesto integrado a la del control de legalidad administrativa, se fundamenta en la idea rectora de garantizar los derechos subjetivos: (Mahendra P. Singh, *Germán Administrative Law*, Berlín 1985 Santiago González - Varas Ibañez, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania*, Madrid, 1993). En Venezuela, desde el punto de vista constitucional no tenemos duda de que la jurisdicción contencioso administrativa debe ser de corte subjetivo. En efecto dispone el artículo 206 de la Constitución:

La jurisdicción Contencioso Administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley".

Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios al derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer de lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Debemos observar que esta disposición constitucional al crear el poder del Juez para revisar la legalidad de los actos administrativos generales o individuales crea la potestad para esa jurisdicción para el restablecimiento de las lesiones jurídicas que haya producido la administración. En efecto, esta disposición comparable a la de la Ley Fundamental Alemana antes comentada, claramente otorga poder a la jurisdicción contencioso administrativa para el restablecimiento de los derechos que hayan podido violentarse, y expone además expresamente la teoría de la "actividad administrativa", en nuestro criterio, en contra de la concepción estricta del "acto administrativo" como destinado a delimitar el espectro de controlabilidad de la administración. Ciertamente si hubiese querido el



constituyente venezolano establecer un estricto sistema objetivo de control, o de corte casatorio como el austriaco, la disposición se hubiese agotado en la facultad para anular los actos administrativos, no hubiese ampliado el poder a la posibilidad de controlar toda actividad administrativa; si otro hubiese sido el parecer del constituyente hubiese restringido la facultad controladora a los actos administrativos formalmente hablando y resulta que lo amplió para que pudiese llegar a la "actividad administrativa", así le otorgó poder restablecedor sobre las situaciones jurídicas lesionadas no sólo por los actos administrativos sino también por la "actividad administrativa", que es el término usado directamente por el constituyente. En este sentido, es claro que el poder restablecedor que el constituyente otorga a la jurisdicción contencioso administrativa no está limitado a aquellas lesiones que hayan sido causadas por los actos administrativos, sino que previó una categoría mucho más amplia al crear la facultad restablecedora sobre la "actividad administrativa". Todo esto implica una concepción amplia no restringida al control de los actos administrativos en sentido técnico formal, sino expandida al resto de formas de expresiones de voluntad de la administración. De este modo, entendemos que el constituyente venezolano no ha querido crear un sistema estrictamente objetivo de control sobre la administración; de haberlo querido hubiese limitado su poder al poder anulatorio sobre los actos administrativos y al estricto control de la legalidad de los mismos, amplió el espectro, al poder restablecedor no solo sobre las eventuales lesiones que hayan causado dichos actos, sino también contra todas las lesiones que hayan podido causar el resto de formas de acción o de expresión o incluso de omisión de la administración.

Así un derecho contencioso administrativo esencialmente conectado a la idea de protección a la lesión de los derechos individuales tiene raíces en nuestro sistema constitucional. En efecto, la doctrina contemporánea a basado tal posibilidad o ampliación del espectro de protección del contencioso administrativo en la llamada "técnica de la relación jurídica" a la cual también podemos conseguir fundamentación constitucional en Venezuela. Buena parte de la doctrina que intenta defender el criterio subjetivo contencioso administrativo se fundamenta justamente en la concepción de la relación jurídica. Esa relación jurídica es entendida como la que se produce entre dos o más sujetos de derecho basada en una norma de derecho público, al producirse se estaría ante una relación jurídico pública. Los elementos son una relación sobre la base de una

norma, la existencia de sujetos intervinientes en la misma, y esa relación por supuesto parte de la idea del sometimiento de la administración a la legislación y de allí a sostener la producción de *"derechos y obligaciones recíprocos"* entre la administración y el ciudadano. (HABERLE, DIE VERFASSUNG DES PLURALISMUS, 1981).

Esta relación jurídica se diferencia de la relación general entre el estado y el individuo por la concreción. Esa relación jurídica la concreta una forma jurídica, es decir, pasa de una situación abstracta jurídica y se concreta, se produce una actuación que puede provenir tanto de la autoridad administrativa como del particular, de esta manera la concreción no se realiza sólo a través de una exclusiva forma de actuación posible, es decir, no solo a través del acto administrativo, sino de distintas formas de actuación que puede asumir la administración. Podría ser efectivamente un acto administrativo, o alguna otra actuación administrativa material como declaraciones, informaciones, documentaciones, o a través de un contrato o una norma. En este sentido, este aspecto relativo a la importancia que se le da a la relación jurídica para definir el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa no es sino efecto de la posición central que la doctrina subjetivista le atribuye para fundamentar un nuevo derecho administrativo, producto de una sistemática más amplia que la justifica y que se explica por el tránsito del estado liberal al estado social, redefiniendo la posición del individuo y sus relaciones con el Estado. El ciudadano es el núcleo o medida del derecho y ese individuo es concebido en una posición jurídica activa y no como un agente pasivo o únicamente receptor de los actos administrativos provenientes del Estado (LORENZ, DER RECHTSSCHUTZ DES BURGERS UND DIE RECHTSWEGGARANTI, MUNCHEN, 1973). Este derecho administrativo entiende al ciudadano y a la administración interrelacionados por medio de la actividad en general, no solo de la administración sino también del particular, quien puede ser motor u origen de una relación jurídica. De este modo la "relación jurídica" refleja las relaciones entre ambos, tanto las de dependencia del individuo frente a la administración para que se le suministre las necesidades básicas, como las de necesaria prevención frente a la posible arbitrariedad del Estado Prestacional del presente siglo. Relaciones de derechos y obligaciones recíprocos, es la concepción con la que se redimensionan las relaciones entre individuo y administración, en un sistema recíproco que tiene como inmediata consecuencia el dotar a la jurisdicción contenciosa de medios procesales adecuados a prestaciones concretas incluso hasta



autorizar a ese Juez a juzgamientos ex-novo. Esta posición de las relaciones jurídicas es justamente la que permite fundamentar a las acciones de condena o prestacionales junto a las de anulación ampliamente conocidas.

En efecto, en el sistema alemán está ampliamente difundida la distinción doctrinal entre administración de limitación y administración prestacional. (Giese/Schunk, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt, 1975). La de limitación es la controlada por la acción de nulidad, y por supuesto la prestacional es la revisable a través de las acciones prestacionales. Ciertamente los poderes anulatorios se producen contra actos administrativos que limitan derechos a los particulares y los poderes restablecedores contra la administración prestacional al estimar procedente la pretensión de condena producto del ejercicio de una acción dirigida a obtener una condena contra la administración para que dicte un acto o realice una actuación; en estos casos el sujeto ejercita una demanda prestacional sin que se impugne una medida administrativa. Esta concepción implica que los medios del sistema judicial no se agotan en la defensa contra actos, las acciones prestacionales o de condena están destinadas a la obtención de una prestación, la realización de una actividad que no es un acto, así uno de los tipos de acción prestacional se produce, por ejemplo, cuando alguien pide un permiso de construcción y se le niega, el tribunal al constatar que el ciudadano tiene derecho a edificar, estima la demanda y su decisión contendrá una orden de condena u obligación a la administración para que cumpla con ese mandato judicial de actuar en el sentido determinado por el tribunal, es decir, para que otorgue el permiso o autorización de construcción. En este tipo de casos, lo pedido no es una declaración de nulidad de la denegatoria tácita o expresa de la prestación, más bien la prestación en sí misma. Puede así concluirse con que la acción no es una extensión estricta de la acción de nulidad, por supuesto esto no excluye que junto con la anulación de un acto administrativo un demandante pueda pedir una prestación. Estas acciones prestacionales pueden fundarse en derechos a prestaciones que la propia legislación haya creado, como por ejemplo los permisos, el derecho a usar bienes públicos, el proveniente de algunas legislaciones urbanísticas, igualmente podrían pretenderse con apoyo en contratos, o bien en apoyo en principios como la proporcionalidad, podría alegarse que deba la administración dictar un acto o realizar una actuación, o superar un estado que pueda estimarse como antijurídico, así podría ser la vía para el ejercicio de una acción destinada a que la administración

omita o deje de actuar, o supere una situación jurídica creada por esa misma administración, podría dirigirse contra acciones materiales como la eliminación del servicio por parte de un funcionario, o contra el aseguramiento de una cosa por parte de la policía administrativa, o contra la creación o mantenimiento de instituciones de bienes públicos como hospitales, escuelas, calles, caminos y plazas, el cuidado de las mismas, el impartir clases o el tratamiento a enfermos. En el derecho alemán se conoce por ejemplo pretensión prestacional para que sean entregadas informaciones a determinado ciudadano, o bien sean corregidas o bloqueadas, e incluso extinguidas, también contra la emanación de algunas actividades de la administración que obviamente no son actos administrativos, como ruidos, vibraciones o gases provenientes de instalaciones de la propia administración, puede así pretenderse su inhibición por vía de esta acción prestacional general, igualmente la retractación de declaraciones que dañen al honor del individuo o a los negocios de un sujeto, todas formas para las cuales puede pedirse al juez protección a través de una pretensión prestacional. También puede pedirse que la administración omita una determinada actuación como por ejemplo que omita la inclusión de un producto en una lista de productos nocivos para la salud. La naturaleza jurídica de esta pretensión de superación no es ni anulatoria ni estrictamente indemnizatoria, el demandante pretende restablecimiento, la reconstrucción por vía de contencioso administrativo. De esta manera creemos que un contencioso administrativo basado en este criterio de la lesión jurídica al individuo, en la relación jurídica a la que hemos hecho referencia, y en el amplio espectro de actividades controlables, es admisible en nuestro sistema sobre la base de nuestra Constitución.

La propia Constitución, como hemos visto, al otorgar poderes de restablecimiento, lo hace contra situaciones jurídicas subjetivas lesionadas y para ello usa el término "actividades administrativas" asumiendo expresamente nuestra Constitución una teoría mucho más amplia que la que implica la concepción exclusiva de actos administrativos en el sentido clásico y estricto del término.

Pensamos que ciertamente también nuestra legislación contencioso administrativa refleja parcialmente la posibilidad de un contencioso de la naturaleza descrita, que se compadezca con la regulación constitucional aludida. En efecto, nuestra ley legitima a quienes han sido afectados en



sus derechos e intereses a impugnar tanto los actos de efectos generales como los actos de efectos particulares (artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Como se observa en ambos casos, la ley habilita al posible lesionado en sus derechos a impugnar tanto actos generales como particulares, lo que supone también, desde el punto de vista normativo, que sea parte central del análisis la lesión misma a los derechos del sujeto lo que ocupe al contencioso administrativo; por supuesto integrando ello a la revisión de la legalidad. Del mismo modo, el artículo 131 de esa ley al consolidar las previsiones constitucionales, otorga poder a la jurisdicción contencioso administrativa para que restablezca las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la "actividad administrativa", en consecuencia se deben hacer las mismas consideraciones que respecto del artículo 206 de la Constitución. Efectivamente esa ley crea un poder para el juez suficiente para ordenar prestaciones concretas y efectivas a la administración, para que cumpla respecto a lesiones que ha causado o que podría causar a ciudadanos o individuos. Igualmente al afirmar nuestra ley que puede el juez determinar los efectos de sus decisiones en el tiempo, este juez contencioso administrativo en uso práctico de tal poder ha otorgado y declarado prestaciones que podrían ser consideradas incluso como juzgamientos ex-novo al producir no solamente efectos anulatorios sino también al ordenar la emisión de algún tipo de actos a la administración para los ciudadanos.

En Venezuela la Ley no prevé, al menos expresamente, una acción prestacional de la amplitud descrita; la llamada acción de plena jurisdicción, es considerada por muchos en nuestro país como una extensión del contencioso de anulación al acumularse a las pretensiones anulatorias una de condena, lo que usualmente han admitido nuestros tribunales. Quienes así han pensado obviamente han estado fuertemente influidos por la concepción que informa al recurso de plena jurisdicción del derecho francés. Otros autores, al intentar contradecir la tesis que sostiene que en Venezuela no existe un recurso de plena jurisdicción en el sentido francés, han afirmado que la pretensión de nulidad de un acto administrativo no constituye un requisito previo a los fines del restablecimiento de la situación jurídica afectada. (Ver "Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa" en *Contencioso administrativo en Venezuela*, Caracas, 1981, pp. 109 y 110. Hildegard Rondón, Pérez Luciani).

Se ha sostenido que al margen de la denominación que se le da a la acción, si existe la posibilidad de pretender por vía judicial autónoma condenas contra la administración por vía de las demandas contra los entes públicos, figura expresamente prevista en nuestra Ley. (Caballero Ortiz, *Contencioso de Plena Jurisdicción y demandas contra los Entes Públicos*. Caracas, 1989).

Sin embargo esta previsión, aún cuando efectivamente es un camino a través del cual puede desarrollarse la idea de estas acciones prestacionales, crea un problema de múltiple competencia para conocer de ella en unos casos contenciosa en otros ordinaria. En todo caso, anulación acumulada a pretensión de condena, demanda contra entes públicos, tenemos caminos para desarrollar la tesis, y sobre todo debemos aclarar y precisar en la reforma por venir, creándose una verdadera, amplia y autónoma acción prestacional en el sentido expuesto.

Estas pretensiones de condena en nuestro sistema se han vinculado mucho a la jurisdicción contenciosa de los contratos y al contencioso de la responsabilidad extracontractual, y como hemos dicho la pretensión prestacional no es sólo la extensión del contencioso administrativo de nulidad destinado a reformar o reemplazar actos administrativos. No se trata únicamente, como parte de la doctrina de la plena de jurisdicción puede afirmar, de una suerte de anulación y orden de hacer o de no hacer, tal elemento o posibilidad es sólo parte de la concepción de la relación jurídica amplia o de la noción de actividad administrativa. Efectivamente, nuestra ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia contiene la previsión según la cual pueden demandarse a los entes públicos, no refiere expresamente esa norma a la concepción de pretensiones de naturaleza prestacional. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha hecho algunas referencias en su tarea de interpretación a este contencioso llamado por algunos de plena jurisdicción, así el 25 de septiembre de 1973 la Sala Política Administrativa afirmó que sólo se había intentado el recurso contencioso de anulación, que no se podía por esa vía contencioso de anulación declarar el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada por la acción administrativa del Consejo de la Judicatura. Entendía entonces que no podían solicitarse por vía del recurso contencioso de anulación pretensiones prestacionales o de condena. Una expresión de esa tesis fue la sentencia de la Sala Política Administrativa del 02 de mayo de 1974 que requirió para intentar el contencioso de nulidad sólo un interés simple, ello fue antes de la vigente Ley que regula el contencioso,



pero para el restablecimiento si exigió que se hubiese producido lesión, todo ello fue reminiscencia de la separación entre ambos sistemas el objetivo y el subjetivo al que hemos hecho referencia respecto de la legitimación. Hoy en día esa tesis ha sido superada; tanto el artículo 206 de la Constitución como el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia permiten la acumulación de pretensiones anulatoria y de condena en una misma acción, nuestro profesor Antonio Moles Caubet llamó a tal acción el contencioso- mixto (Rasgos Generales de la Jurisdicción Administrativa en el Control jurisdiccional de los Poderes Públicos). Efectivamente, por vía del contencioso administrativo de nulidad el 07 de julio de 1982, la Sala Política Administrativa al declarar la nulidad de una resolución del Consejo de la Judicatura que había negado el derecho a ser reelecto como juez a un determinado ciudadano ordenó a ese Consejo la restitución al cargo y condenó al Consejo a cumplir otras obligaciones. Mucho más reciente y de manera ahora definitiva y consistente el 03 de agosto de 1995 la misma Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia al declarar con lugar un recurso de nulidad interpuesto por un ciudadano contra una decisión del Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura ordenó su reincorporación al cargo. Aquella vieja sentencia según la cual solo se estimaban pretensiones de condena si se ejercían autónomamente ha sido completamente superada en Venezuela para admitir el contencioso-mixto, como extensión del Contencioso de Anulación. En este sentido obsérvese que en Venezuela estas acciones de condena más que haber sido en la práctica pretensiones diferenciables de la acción de nulidad han sido una extensión de la misma, tal vez producto de la influencia originalmente francesa, aún cuando ciertamente la doctrina ha hecho referencia a la posibilidad de accionar contra un hecho irregular de la administración sin necesidad de solicitar la nulidad de un acto administrativo. Lo cierto es que en Venezuela el Contencioso de Plena Jurisdicción ha sido admitido y su práctica lo vincula al ejercicio del Contencioso Administrativo de Nulidad al menos en la actualidad, y en tal sentido podría ser interpretado como una extensión del contencioso administrativo de nulidad. Creemos que vale la pena estudiar la posibilidad de extender los poderes contencioso administrativos, sustentado esos poderes en la teoría de la relación jurídica y de la actividad administrativa a la que hemos hecho antes referencia, estamos sugiriendo la adopción abierta y plena de la concepción subjetiva del contencioso administrativo que desarrolla ciertamente poderes especiales para el juez para que pueda restablecer la situación jurídica de la cual se trate y no solamente producir

o declarar la nulidad de un acto administrativo. En efecto, al margen de que haya admitido nuestro juez el contencioso mixto, lo cierto es que cuenta con poderes para restablecer las situaciones jurídicas y producir decisiones que de alguna manera han llegado a ser incluso juzgamientos de novo sobre actividad administrativa, algunos estudios doctrinales muestran esa tendencia en nuestro país, (Jorge Neher, del Ministro Juez al Juez Ministro - Revista de Derecho Público, N° 40, 1989. Díaz Candia, Los Poderes del Juez Contencioso-Administrativo en Venezuela, Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1994). Igualmente podemos mencionar la reciente sentencia del 05 de agosto de 1995 en la cual la Sala Político Administrativa de la Corte estimó, al anular una sanción, que la misma había variado los criterios de proporcionalidad y sustituyó la sanción por otra que estimó era la que debía haber aplicado la administración. De esta manera es clara esa tendencia a un juzgamiento, casi ex-novo, por parte del juez contencioso administrativo venezolano, y es un importante indicio, en nuestro criterio, hacia la concepción subjetiva del contencioso administrativo en términos del ejercicio de poderes restablecedores respecto de la propia administración. También vale la pena citar la sentencia del 14 de marzo de 1991 de la Sala Político Administrativa en la cual categóricamente afirmó:

"En otras palabras la función jurisdiccional de los tribunales contencioso administrativos, es plena y no limitada únicamente al aspecto declarativo de nulidad de las decisiones administrativas".

Como se ve en dichas palabras la Corte centró su función en el restablecimiento de la lesión jurídica lesionada, digna de ser mencionada es la sentencia de la misma Sala del 21 de noviembre de 1988, como ejemplo de ampliación de sus poderes de control:

"De manera que observa la Corte que la posibilidad de revisión de los motivos de oportunidad o conveniencia implícitos en la adopción de la decisión administrativa, aun predominantemente discrecional, es hoy en día también patrimonio de la jurisprudencia venezolana como lo ha sido en el derecho administrativo clásico extranjero a partir de 1953; eso sí, con la natural limitación de que, enseñar el respeto al principio de la separación de poderes, no puede pasar el Juez a ocupar el lugar de la administración emisora del acto. Pero si le está permitido en cambio tal como lo hace la Sala del presente caso sin necesidad de sustituirse a aquella, entrada a examinar la exactitud, veracidad y congruencia los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta la decisión administrativa, aun la más amplia discrecional..



Aún cuando efectivamente existen en nuestro país sentencias sostenedoras del criterio objetivo del contencioso administrativo pensamos que la tendencia es hacia la concepción subjetiva (Corte Primera, sentencia del 06-12-84), concepción que alentamos y en nuestro criterio debería acentuar la legislación, todo hacia la protección efectiva e íntegra de los derechos ciudadanos. La jurisdicción contencioso administrativa venezolana ha venido ampliando el espectro sobre el cual ejerce su poder de control, abandonando viejas tesis que excluían alguna actividad de la administración del control de la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente como en el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica algunas interpretaciones jurisprudenciales han usado los términos razonabilidad, verificación de evidencia sustancial, soportes de la decisión, existencia de clara evidencia, todo ello ha ido permitiendo al Juez que controla la administración pronunciarse sobre situaciones sobre las que tradicionalmente le estaba impedido hacerlo. Algunas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica indican una concepción subjetiva del contencioso administrativo. En efecto, la profesora Susan Rose-Ackerman (*American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?* - *Harvard Law Review*, volumen 107, Number 6, abril de 1994), al criticar las restricciones que al contencioso administrativo se estaban produciendo en el sistema norteamericano menciona algunas decisiones que fueron escritas por el Juez Antonin Scalia. En efecto, en decisión de 1990 (497US.871) se afirmó que la revisión por parte de la Corte solo debe ser admitida cuando se ha producido daños individuales de los cuales surja la legitimidad para accionar producto de la violación a sus derechos. También la Corte americana negó a un grupo de defensa de la vida natural legitimación para actuar, estimó que el control judicial debía darse contra una acción concreta que fuese aplicación de una regulación al demandante con la cual se le dañara o se le amenazara. Así se ha rechazado la noción de interés público general señalándose que el cumplir con tales tareas es trabajo asignado al sector estrictamente político del Estado, al Congreso y al Presidente. Efectivamente el sistema de legitimación para proceder al contencioso administrativo también se ve afectado con una concepción estrictamente subjetiva del contencioso administrativo. Ciertamente, tal como critica la profesora Susan Rose Ackerman, esta posición es restrictiva de la legitimación para actuar. El sistema subjetivo tiende a un criterio restringido de legitimación para actuar, grupos de integración social, o grupos de control difuso como

asociaciones de vecinos, o grupos ecológicos de defensa del medio ambiente, podrían considerarse en determinadas circunstancias no legitimadas para impugnar la actividad de la administración, sobre todo contra actos de contenido general o normativo para los cuales este sistema en general tiende a negarles legitimación. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha desarrollado una interesantísima e importantísima categoría que equilibra esta tendencia del contencioso administrativo subjetivo, básicamente nuestra jurisprudencia ha admitido la categoría "acto general de efecto particular" y así ha sostenido que son actos administrativos generales de efectos particulares aquellos dirigidos a un número de sujetos determinados y determinables relacionados con un efecto en concreto, y aún cuando ese tipo de actos tengan una vocación normativa general, algunos de sus efectos van dirigidos a un grupo determinable. Ha sostenido la Sala que un acto formalmente general puede tener efectos particulares en la medida en que las personas específicas secundan el supuesto de hecho que establece el acto más aun si el contenido particular del acto está representado por una carga u obligación o sanción para los administrados (Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa, Sentencia del 16-11-89 ratificada por sentencia del 22-11-90, 12-05-92 y 11-3-93, y sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de febrero de 1994 entre otras). Obsérvese que este criterio ratifica básicamente como elemento esencial de la revisión que hace de esos actos generales o de vocación normativa, en la injerencia a derechos subjetivos de los particulares, siendo este el elemento habilitador para la Corte. De este modo, aún cuando estas consideraciones subjetivas tienden a restringir a los legitimados para actuar contra actos normativos, al centrarse la revisión contenciosa en la necesidad de restablecer la lesión jurídica lesionada, nuestra Corte Suprema de Justicia admite el control de tales normas sobre la base de la violación a derechos particulares, tesis además coincidente con la protección a la norma que ha desarrollado el derecho administrativo alemán con amplia jurisprudencia desde el año 1967. (Bernhardt, R. "Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte", JZ 1963, p. 302). De este modo, la legitimación depende sólo de si el sujeto tiene una situación individualizada respecto a la generalidad.

En conclusión pensamos que Venezuela debe continuar desarrollando la tendencia a la subjetivización del sistema contencioso administrativo, teniendo en consecuencia como centro, esencia y razón de ser el



restablecimiento de los derechos subjetivos lesionados de los particulares. Los invito a pensar en este sistema subjetivo, en las acciones de pretensiones prestacionales, que hasta ahora en nuestra realidad se han centrado casi exclusivamente en acciones de indemnización o resarcimiento contra la administración. Queremos proponer a vuestra consideración la ampliación del espectro de situaciones posibles a controlar por el Juez Contencioso en nuestras modernas sociedades, espectro compuesto ahora por situaciones que son propias del estado social de derecho y del tránsito del estado liberal al nuevo estado social. La era Moderna ha creado una nueva relación entre individuo y administración que no coloca más a la administración en términos de prevalencia absoluta sobre el particular, o de preponderancia sobre el particular, sino más bien en un sistema recíproco de obligaciones y derechos en los que el administrado no solo es receptor de actos administrativos sino hasta peticionario de actividad. El Ciudadano, ahora activo, no es más sólo un sujeto pasivo. En nuestro criterio el Derecho Administrativo venezolano marcha en la dirección de la más eficaz e íntegra protección a los derechos de los ciudadanos.

**PALABRAS DEL DR.
ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIAS
EN EL ACTO DE CLAUSURA DE LAS
PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO ALLAN RANDOLPH
BREWER-CARIAS**