

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DEBIDO PROCESO EN VENEZUELA¹

Por Jorge Kiriakidis²

“Artículo 333.- Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.” Constitución venezolana de 1999

INTRODUCCIÓN

La Constitución venezolana de 1999 se refiere al Contencioso Administrativo (dándole, como lo hacía la Constitución de 1961³, rango constitucional) del siguiente modo:

“Artículo 259.- La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo 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; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

La definición constitucional caracteriza al contencioso desde una doble perspectiva.

La primera caracterización es *Orgánica*: El Contencioso Administrativo son tribunales del Poder Judicial, en cuya cúspide esta una Sala del Tribunal Supremo de Justicia.

La segunda caracterización es *Sustancial o Material*: El Contencioso Administrativo son los tribunales que, dentro de la estructura del Poder Judicial, tienen la competencia de conocer

¹ Publicado en XVIII Jornadas Centenarias Internacionales, Constitución, Derecho Administrativo y Proceso. Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Edición conjunta de FUNEDA, el Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia 2015, pp. 289-347.

² Abogado UCAB, DSU Derecho Administrativo Paris-Pantheon, Especialización Derecho Procesal Constitucional UMA, Magister Derecho Procesal Constitucional UNLZ Argentina (carga académica terminada y tesis en elaboración), Profesor de Post Grado UMA (en la Especialización de Derecho Procesal Constitucional) y UCAB (en la Maestría de Derecho Constitucional y en la Especialización de Derecho Administrativo), Ex Profesor Pregrado UCV.

³ “Artículo. 206.- La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

y resolver los juicios en los que se planteen pretensiones de contenido administrativo en contra de la Administración Pública (anular actos, ordenar el restablecimiento de situaciones afectadas por la actuación administrativa, condenar a la Administración a pagar indemnización por daños, y resolver reclamos relativos al funcionamiento de los servicios públicos⁴).

Hay además una **tercera caracterización** del contencioso administrativo que se encuentra *implícita* en esa noción que ensaya el artículo 259. Se trata de la noción **Adjetiva o Procesal**: El Contencioso Administrativo es el proceso o los procesos judiciales que tramitan los tribunales Contencioso Administrativos, en cuyo seno resuelven las pretensiones de contenido administrativo (que son aquellas para cuyo conocimiento expresamente se faculta a esos tribunales).

Es una caracterización implícita, pues la función judicial (la de hacer justicia en el caso concreto) se ejerce a través de los procesos judiciales. Lo afirma textualmente el artículo 253 de la Constitución: *“Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes (...)”*.

Así proceso judicial es una herramienta de la justicia. Lo señala, además, expresamente el texto de la Constitución venezolana de 1999 del modo siguiente:

“Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”
(Resaltado nuestro).

Pero no cualquier proceso judicial es garantía de justicia.

La historia está plagada de procesos que, en nombre de la justicia, sirvieron para concretar graves injusticias. De hecho, un porcentaje importante de lo que se conoce como “Crímenes de Estado” se ha concretado con el trámite de procesos judiciales o administrativos que perseguían algún tipo de justicia. Los Juicios de la Inquisición⁵, los Juicios de Salem⁶ (USA,

⁴ Lo así dicho surge de la lectura del artículo 259 de la Constitución que encarga el “contencioso administrativo” a la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo y demás tribunales del contencioso administrativo, con el propósito de que estos: (1) anulen los actos contrarios a derecho de la Administración; (2) ordenen a la Administración al restablecimiento de las situaciones infringidas (3) condenen a la administración en responsabilidad por daños o al pago de cantidades de dinero (4) resuelvan los reclamos que involucren la prestación de un Servicio Público.

⁵ DUMONT, Jean (2009 Madrid) Juicio a la Inquisición Española. Editorial Encuentro

⁶ COOKE, William H. (2009 Annapolis) Justice at Salem: Reexamining the Witch Trials. Undertaker Press y HOFFER, Peter Charles (1997 Kansas) The Salem Witchcraft Trials: A Legal History. University of Kansas.

1692) o los Juicios Populares de la Revolución Cubana⁷ ilustran, sin necesidad de desarrollar demasiado el punto, lo que se quiere decir.

Para que el proceso sirva a la justicia, el proceso debe ser *intrínsecamente* justo o debido. Y para que esto sea así, al trámite que supone el proceso deben dársele unos contenidos o unas características⁸ que lo hagan un verdadero instrumento de la justicia.

Con este propósito el artículo 257 antes anotado enumera unos *primeros parámetros o contenidos* que hacen a los procesos judiciales instrumentos de justicia. Sin embargo esos contenidos se formulan *condicionados* (es decir no son inmediatamente exigibles), en una suerte de *mandato de optimización*. En efecto, la norma señala claramente que: “*Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adaptarán un procedimiento breve, oral y público.*”

Así, es una exigencia dirigida a los procesos judiciales posteriores al texto constitucional de 1999, en el sentido que estos deberán ser – cuando sean legislados - simples, uniformes y eficaces, breves, orales y públicos. Se trata de un parámetro condicionado en tanto que esos extremos (i) no miden la corrección de los procesos judiciales previstos en leyes anteriores a la Constitución de 1999, y (ii) no obligan al Legislador a modificar los procedimientos judiciales preexistentes, pues solo deben tenerse en cuenta cuando el Legislador decida reglamentar en materia procesal.

Además, la Constitución establece unos contenidos o parámetros **no condicionados**, que hacen de un *trámite* (forma) anterior o posterior a 1999, un proceso debido (instrumento de la justicia), y esos parámetros no son otra cosa que el contenido del Derecho al Debido Proceso.

El artículo 49 de la Constitución venezolana de 1999 es la norma que consagra el Derecho al Debido Proceso y enumera los elementos que le dan contenido (y que en definitiva hacen que el proceso efectivamente instrumento de la justicia). La norma recoge mucho de lo que

⁷ En el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Cuba ha hecho el objeto de numerosos *Informes de País* (años 62, 63, 67, 70, 76, 79 y 83 consultados en el portal oficial de la OEA en el enlace <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp>). En todos y cada uno de ellos se dedica una sección a la sistemática violación al proceso judicial o proceso regular en ese país.

⁸ Sobre esos contenidos que componen en definitiva al Debido Proceso se puede consultar, en la doctrina comparada, a: PICO I JUNOY, Joan (1997 Bracelona-España) *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, J.M. Bosch Editor, y VALLESPIN, David (2002 Bracelona-España) *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el Ámbito del Proceso Civil*. Ediciones Atelier. p.p. 61-102.

al efecto contenía la Constitución de 1961 (artículos 60⁹, 68¹⁰ y 69¹¹)¹² y se nutre – seguramente por el trabajo arduo de los escasos juristas que integraron la Constituyente – no sólo de lo más acabado de la que fue la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

⁹ “Artículo 60.- La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: **(1)** Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido in fragante, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado. El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención. En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. La ley fijará el término breve y perentorio en que tales medidas deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, y establecerá además el plazo para que ésta provea, entendiéndose que han sido revocadas y privadas de todo efecto, si ella no las confirma en el referido plazo; **(2)** Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falla; **(3)** Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad; **(4)** Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; **(5)** Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley. Los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley; **(6)** Nadie continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta. La constitución de fianza exigida por la ley para conceder la libertad provisional del detenido no causará impuesto alguno; **(7)** Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años; **(8)** Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente; (9) Nadie podrá ser objeto de reclutamiento forzoso ni sometido al servicio militar sino en los términos pautados por la ley; **(10)** Las medidas de interés social sobre sujetos en estado de peligrosidad sólo podrán ser tomadas mediante el cumplimiento de las condiciones y formalidades que establezca la ley. Dichas medidas se orientarán en todo caso a la readaptación del sujeto para los fines de la convivencia social.”

¹⁰ “Artículo 68.- 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.**”

¹¹ “Artículo 69.- **Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente.**”

¹² A este punto la PESCI FELTRI, Mario (Caracas 2006) Constitución y Proceso, Estudios Jurídicos Nro. 82, EDJV, p.p. 29, sostiene que la norma en cuestión no es un verdadero avance (no uno con verdadera entidad), en tanto que ya del conjunto de normas de la Constitución de 1961 quedaba aquel perfectamente configurado al vincularse el proceso a la Defensa, en tanto que PETTIT, Luis (Caracas 2011) Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho humano, fundamental y global. Ediciones Paredes, p.p. 91-92, entiende que esta sistematización constitucional es un avance muy importante en tanto que abona a la seguridad jurídica, y al respecto reflexiona “(...) si de por si estando expresas las normas a veces el intérprete trata de burlar su contenido, como será con las normas implícitas (...)”.

sino además de los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José¹³ (concretamente de lo previsto en su artículo 8¹⁴).

El texto elocuente de la norma que se refiere estatuye:

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

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

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

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

¹³ De cuya vigencia nos ha pretendido sustraer el Gobierno de Venezuela con una inconstitucional “denuncia” efectiva desde septiembre de 2013. Sobre este tema se puede consultar a AYALA, Carlos (Caracas 2013) Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Revista de Derecho Público Nro. 131 Julio-Septiembre 2012. EJV. pp.39-73.

¹⁴ “Artículo 8.- Garantías Judiciales

(1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y; h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

(3) La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

(4) El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

(5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

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

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

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

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

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

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

Esta norma nos permite decir que en Venezuela el elenco de garantías que forman el Debido Proceso está integrado así por¹⁵: (1) la defensa y la asistencia jurídica (que supone el derecho a conocer y ser notificado de los cargos que se imputan, a estar asistido de abogado – defensa técnica - a acceder a las pruebas y tener un plazo razonable para responder y a recurrir del fallo que le resulte adverso); (2) la presunción de inocencia (que implica que la carga de demostrar la culpabilidad de una persona es justamente de quien aduce tal culpabilidad, y por ello, en caso de dudas, se favorece la declaración de inocencia); (3) el Derecho a ser juzgado por el *juez natural* (lo que supone que los juicios serán conocidos un tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad a los hechos que se juzgan); (4) la proscripción de las confesiones forzadas o principio de la no autoinculpación; (5) la legalidad sancionatoria y (6) el principio de responsabilidad del Estado por los defectos de la actuación judicial.

De este modo la Constitución establece el *estándar mínimo* que debe cumplir cualquier proceso judicial para que pueda ser considerado *debido* desde el punto de vista de constitucional. Se trata de un estándar que debe tener presente (i) el Legislador al ejercer su función de legislar sobre los procesos judiciales¹⁶, e igualmente (ii) el Juez al momento

¹⁵ Sobre el elenco de contenidos que conforman al Debido Proceso según la Constitución venezolana de 1999 se puede consultar a PETTIT, Luis (Caracas 2011) Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho humano, fundamental y global. Ediciones Paredes, p.p. 94-164.

¹⁶ En Venezuela la regulación en materia de procedimientos ha sido tradicionalmente y según nuestros textos constitucionales de “reserva legal nacional”, aun cuando, merced de cuestionables interpretaciones la Sala Constitucional o la propia Administración, han pretendido asumir tal competencia, la primera mediante algo a lo que se ha denominado “*jurisdicción normativa*” y la

de tramitar esos procesos (aplicando e interpretando las normas procesales que regulan el trámite judicial conforme a las pautas o patrones del Debido Proceso). Y finalmente (iii) es un estándar que debe observar el Juez – Constitucional u ordinario – al analizar una norma adjetiva, cuando está llamado a aplicarla (y en ese caso el parámetro le sirve para decidir su aplicación o desaplicación), o cuando está llamado a juzgar directamente su constitucionalidad (y en este caso el parámetro le sirve al Juez Constitucional para mantener en vigor o anular la norma de que se trate).

Ello así, merced del principio de *supremacía constitucional* que expresamente consagra el artículo 7¹⁷ de la Constitución y de cara a que toda actividad de los órganos del Estado es susceptible de ser examinada en su apego a la Constitución (es la idea que expresan de

segunda, mediante “Reglamentos” en los que se establecen o complementan procedimientos. Pese a ello la Constitución es clara: “Artículo 156.- **Es de la competencia del Poder Público Nacional:** (...) 32. **La legislación en materia de** derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, **de procedimientos** y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional. (...)”

¹⁷ “Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”

manera tajante los artículos 27¹⁸, 334¹⁹, 335²⁰ y 336²¹ de la Constitución venezolana de 1999).

Ahora bien, a mediados del año 2010 – hace ya un quinquenio – se aprobó en Venezuela la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²², instrumento legal que por vez

¹⁸ “Artículo 27.- Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.”

¹⁹ “Artículo 334.- Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”

²⁰ “Artículo 335.- El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. (...)”

²¹ Artículo 336.- Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

(...) 6. Revisar, en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

(...) 10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. (...)”

²² Originalmente publicada en Gaceta Oficial 39.447 del 16 de junio de 2010 y luego en Gaceta Oficial 39.451 del 22 de junio de 2010 (merced de la cuestionable práctica de reimpresión por error material a la que nuestro Poder Legislativo Nacional acude cada vez con más frecuencia para disfrazar reformas expeditas de textos recién publicados).

primera en el país pretende llevar adelante una regulación autónoma y sistemática del Contencioso Administrativo *ordinario*²³, tanto por lo que respecta a la organización y distribución de competencias contencioso administrativas entre los distintos tribunales, como en lo atinente a la regulación de los procedimientos contencioso administrativos.

Ya la doctrina se ha encargado de describir sistemáticamente la referida Ley y sus procedimientos, haciendo críticas puntuales y sugerencias en torno a la mejor implementación de esas normas²⁴.

²³ Se hace esta salvedad pues en el ordenamiento jurídico venezolano persisten juicios contencioso administrativos *especiales* regulados por instrumentos distintos a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta situación era normal antes de la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en tanto que no existía un texto que reglamentara especialmente la materia (y esa regulación se encontraba provisionalmente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y luego en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). Así, ante la falta de una regulación autónoma y sistemática, no se objetaba o cuestionaba que las leyes que regulaban especialidades administrativas incluyeran regulaciones parciales o totales del proceso judicial contencioso administrativo especialmente aplicable a la actividad administrativa desarrollada en aplicación de tales leyes. Este ha sido tradicionalmente el caso de la función pública (regulada en la Ley del Estatuto de la Función Pública y cuyo contencioso se denomina “el contencioso de la función pública” o simplemente el contencioso de las “querellas funcionariales”) y de la materia electoral (cuyo contencioso regula ahora la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

²⁴ Se pueden mencionar (sin ánimos de exhaustividad, solo a título de ejemplo y pidiendo de antemano excusas a los trabajos y autores no citados) los siguientes trabajos: BREWER, Allan (Caracas-2010) Introducción general al régimen de la jurisdicción contencioso administrativa, en la obra conjunta con HERNÁNDEZ M., Víctor, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Nro. 47 de la Colección de Textos Legislativos. Edic. EDJV; ESPINOZA, Alexander y RIVAS, Jhenny (Caracas-2010) Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Edic. conjunta IEC y FUNEDA; HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2010) El Proceso Administrativo por Audiencias, en la obra conjunta con BREWER, Allan, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Nro. 47 de la Colección de Textos Legislativos. Edic. EDJV; HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2010) Los Recursos de Apelación, Especial de Jurisdicción y la Ejecución de Sentencias en el Proceso Administrativo, contenido en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Volumen I. Edic. FUNEDA.; HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2011) El recurso especial de jurisdicción, motivo de una nueva batalla entre la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa, contenido en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Volumen II. Edic. FUNEDA.; HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2015) La ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano, contenido en la obra colectiva 20 Años de FUNEDA y el Contencioso Administrativo, Volumen II. Edic. FUNEDA.; HERNÁNDEZ, José I., (Caracas-2010) Pasado, Presente y Futuro de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Volumen I. Edic. FUNEDA.; KIRIAKIDIS, Jorge (Caracas 2014) La tutela cautelar del Contencioso Administrativo a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, un balance a los tres años de vigencia. Ediciones FUNEDA.; KIRIAKIDIS, Jorge (Caracas-2013) El Contencioso Administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2da. Edición revisada, ampliada y puesta al día. Ediciones de la Fundación de Derecho Administrativo; KIRIAKIDIS, Jorge (Caracas-2011) Notas sobre el Procedimiento Breve de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contenido en la Obra Colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Edic. FUNEDA.; RÓJAS P., Manuel (Caracas-2011) El recurso de jurisdicción en Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contenido en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Volumen II. Edic. FUNEDA; TORREALBA S., Miguel A. (Caracas-2011) Las Demandas de Contenido

El objeto de este trabajo es contrastar (o confrontar) el Proceso Contencioso Administrativo regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con los estándares constitucionales del Debido Proceso, tarea que no se agota en la simple revisión de las normas de la Ley, sino que debe abarcar igualmente lo que ha dicho la jurisprudencia al interpretar y aplicar tales normas, pues para nadie es un secreto la importancia que tiene la jurisprudencia en el campo de esta especialidad, donde casi de manera inadvertida – pero por razones históricas- aquella, la jurisprudencia, se comporta más como el *precedente* de los sistemas angloamericanos que como la *jurisprudencia* en los sistemas de derecho continental.

Este análisis se hace o se emprende desde las normas de la constitución, es decir, el orden en la exposición sigue el orden de las normas y principios constitucionales ligados al proceso debido, comenzando por el artículo 257 de la Constitución y siguiendo luego por cada uno de los elementos que el 49 lista como elementos del Debido Proceso.

Esto - hay que aclararlo en un tiempo y un país donde las opiniones sobre temas jurídicos hacen de los autores “enemigos” o de “lectura prohibida” - no se hace con el propósito de criticar por criticar.

Se trata, por el contrario, de contribuir a la mejora de nuestras instituciones jurídicas (en beneficio de todos) y del ejercicio de la obligación de velar por el acatamiento de la Constitución (que nos impone a todos los ciudadanos el artículo 333 de la Constitución venezolana de 1999), alertando – si están allí – sobre la existencia de normas o instituciones que hieran el orden y los principios constitucionales. Esto, con la esperanza de que, descubiertos, esos entuertos sean – más temprano que tarde – enmendados.

1. SOBRE EL ACATAMIENTO DEL MANDATO DE OPTIMIZACIÓN A QUE SE CONTRAE EL ARTÍCULO 257 DE LA CONSTITUCIÓN, EN RELACIÓN A LA IDEA DE QUE EL PROCESO ES HERRAMIENTA DE LA JUSTICIA (los procesos legislados con posterioridad a 1999 deberán ser *simples, uniformes y eficaces, breves, orales y públicos y no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*).

Como ya se recordó antes, a mediados del año 2010, se promulgó en Venezuela una Ley especialmente dedicada a la regulación de los procesos contencioso administrativos y a la organización de los tribunales a los que se asigna el conocimiento de tales juicios (a los que de modo tradicional, pero técnicamente incorrecto, se denomina tribunales de la

Patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Volumen II. Edic. FUNEDA.; TORREALBA S., Miguel A. (Aragón, España-2014) Consideraciones sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano, en Revista Aragonesa de Administración Pública Nros. 43-44 2014, Editado por el Gobierno de Aragón; UROSA M., Daniela (Caracas-2010) Las Pretensiones Procesales en la Nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Volumen I. Edic. FUNEDA. entre otros.

jurisdicción contencioso administrativa): la Ley Orgánica de la *Jurisdicción* Contencioso Administrativa.

Era la gran oportunidad para que el Legislador, atendiendo a lo ordenado por el artículo 257 de la Constitución de 1999, se tomara la tarea de dictar un procedimiento único, breve, oral y público, para conducir en su seno toda reclamación judicial que se planteara en contra de la administración o sus actos. Al hacerlo además podía haber seguido lo que ya señalaba la jurisprudencia sobre la necesidad de un procedimiento “ordinario” (que a falta de uno mejor, había procurado ajustar el juicio de nulidad, para darle cabida a todas las pretensiones huérfanas de proceso) atendiendo, además, lo propuesto por la prolija doctrina.

Pero nada de eso.

1.1. Primer Problema: El Legislador no estableció un “trámite uniforme”. Lo que hizo el Legislador fue regular tres juicios a los que arbitrariamente designa como vías para tramitar algunas y específicas pretensiones de contenido administrativo. Esos procesos son: (i) las “Demandas de contenido patrimonial” (artículos 56 al 64 de la Ley); (ii) el “Procedimiento Breve” (artículo 65 al 75 de la Ley), y (iii) el “Procedimiento Común a las Demandas de Nulidad, Interpretación y Controversias Administrativas” (artículos 76 al 86 de la Ley).

La Ley no indica cuál de esas tres vías procesales debería ser considerada la vía “*ordinaria*” (aquella que debería utilizarse para dar trámite a pretensiones administrativas distintas a las expresamente asignadas), pues nada dice sobre la forma de tramitar otras pretensiones distintas a las expresamente enumeradas. Y así, el asunto – que no es irrelevante – ha quedado sujeto a las opiniones de la doctrina y los vaivenes de la jurisprudencia.

Por otro lado, hay insistir en que los tres juicios que reglamente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se parecen entre sí, no poseen estructuras similares. Y no sólo difieren en sus estructuras, además el tratamiento en cuanto a los requisitos para su admisión es diferente y casuístico y la determinación de la competencia del juez que debe conocer (según el grado) tampoco obedece a reglas uniformes.

En efecto, las reglas en torno a la caducidad que establece el artículo 32 de la Ley dan un tratamiento diferenciado según se trate de demandas de nulidad de actos de efectos individuales (180 días), demandas de nulidad de actos de efectos generales (no tienen caducidad), demandas de nulidad de actos de efectos temporales (30 días continuos); demandas contra vías de hecho o abstenciones de la Administración (180 días). Nada dice la Ley en torno a la caducidad para el caso de las demandas que tengan por objeto la prestación de servicios públicos o las demandas de contenido patrimonial.

Además, la Ley exige el agotamiento de la vía administrativa previa del “antejuicio administrativo” para el caso de las demandas de contenido patrimonial ejercidas en contra de la República, los Estados u otros entes que gocen de dicho privilegio (artículo 35 numeral 3). No así para el caso de las demandas tramitadas mediante el “Procedimiento Breve” o el

“Procedimiento Común a las Demandas de Nulidad, Interpretación y Controversias Administrativas”. Sin embargo hay que decir que la jurisprudencia ha asimilado la necesidad de *acreditar las gestiones previas* de las demandas sobre prestación de servicios públicos (tramitadas por el “Procedimiento Breve”) a que se refiere el artículo 66 con esta misma causal de inadmisión (“agotamiento de la vía administrativa”)²⁵. Ello así en una interpretación alejada del principio *pro actione* y de las múltiples posibilidades de interpretaciones constitucionalizantes de esa norma y olvidando que según el artículo 257 de la Constitución “*no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*”.

Por último, sucede que las reglas para la determinación de la competencia por el grado no son uniformes. Así, (i) en el caso de las demandas de contenido patrimonial la determinación de la competencia del tribunal –por el grado– dependen de la cuantía de la demanda (artículos 23, 24 y 25 de la Ley²⁶); (ii) en el caso de las demandas de nulidad²⁷, así como de aquellas que tengan por objeto abstenciones o vías de hecho de la Administración²⁸ (y que se tramitan por el “Procedimiento Breve”) la competencia del

²⁵ Decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 384 de fecha 25/04/12, ratificada en incontables ocasiones.

²⁶ La competencia del tribunal –por el grado– para conocer de las demandas de contenido patrimonial es atribuida teniendo la cuantía de la demanda, y se distribuye del modo siguiente: (i) el conocimiento de las demandas cuya cuantía estimada exceda las setenta mil (70.000) unidades tributarias corresponde a la Sala Político Administrativa (artículo 23 de la Ley, en sus dos primeros ordinales); (ii) el conocimiento de las demandas cuya cuantía estimada cuya cuantía estimada exceda las treinta mil (30.000) unidades tributarias y no supere las setenta mil (70.000) unidades tributarias corresponde los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 24 de la Ley, en sus dos primeros ordinales), y; (iii) el conocimiento de las demandas cuya cuantía estimada sea inferior a las treinta mil (30.000) unidades tributarias corresponde a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 25 de la Ley, en sus dos primeros ordinales).

²⁷ La competencia del tribunal –por el grado– para conocer de las demandas que tengan por objeto la nulidad de actos de la Administración Pública es atribuida teniendo presente al órgano demandado o legitimado pasivo (autor del acto cuya nulidad se denuncia) del modo siguiente: (i) cuando se trata de la impugnación de actos de las más altas autoridades administrativas Nacionales (Presidente, Vicepresidente, Ministros, y las Máximas autoridades de otros Órganos de Rango Constitucional cuya competencia no esté atribuida a otro tribunal) la competencia pertenece a la Sala Político-Administrativa (artículo 23, ordinales 5 y 6); (ii) cuando se trata de la impugnación de actos de las autoridades Estadales o Municipales la competencia pertenece a los Juzgados Superiores Estadales de la jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 25, ordinal 3) y por último; (iii) cuando se trata de la impugnación de actos de otras autoridades no mencionadas en los artículos 23 y 25 (es decir, otras autoridades administrativas Nacionales distintas a las Máximas autoridades y a las autoridades Estadales o Municipales) la competencia pertenece a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 24, ordinal 5).

²⁸ La competencia del tribunal –por el grado– para conocer de las demandas que tengan por objeto vías de hecho de la Administración o la actuación en contra de abstenciones de la Administración Pública es atribuida teniendo presente al órgano demandado o legitimado pasivo (autor de la actuación material que se reclama o responsable de la abstención que se denuncia) del modo siguiente: (i) si se trata del Presidente de la República, del Vicepresidente, los Ministros o alguna Autoridad de Rango Constitucional, el conocimiento de la demanda corresponderá a la Sala Político Administrativa (artículo 23, numerales 3° y 4°); (ii) Si se trata de autoridades locales (Estadales y Municipales) el conocimiento de la demanda corresponderá a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 25, numerales 4° y 5°), y; (iii) Si se trata de otras autoridades nacionales distintas a las mencionadas en el artículo 23, pero que tengan su asiento

tribunal –por el grado– es atribuida teniendo presente al órgano demandado o legitimado pasivo (autor del acto, la actuación material que se reclama o responsable de la abstención que se denuncia); (iii) en el caso de las demandas que tengan por objeto la interpretación de las leyes de contenido administrativo o las demandas que tengan por objeto las controversias administrativas, la competencia corresponde exclusivamente a la Sala Político Administrativa (artículo 23 ordinales 8 y 21 de la Ley) y por último; (iv) en el caso de las acciones que tengan por objeto las reclamaciones por el funcionamiento de los Servicios Públicos, su conocimiento en primera instancia ha sido atribuido, a los “Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” (artículo 26, numeral 1º) y provisoriamente, por mandato de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley, a los Juzgados de Municipio.

Así, no es osado sostener que la reglamentación de los procesos que ha hecho la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es cualquier cosa menos “uniforme”.

1.2. Segundo Problema: El Legislador no estableció el “proceso oral”. Ninguno de los tres juicios que reglamenta la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa *responde cabalmente* a la idea de un juicio oral o “por audiencias”. Y por lo que respecta al trámite de las medidas cautelares, el recurso de apelación o la incidencia para la ejecución de sentencias, hay que decir que no responden absolutamente a la idea del juicio oral (y por el contrario todas estas incidencias que responden al principio de escritura y no incorporan en modo alguna la oralidad).

Al revisar a profundidad las normas de la Ley se encuentra que ninguno de los tres procesos reglamentados por la Ley estructura un proceso judicial en el que el debate procesal, la revisión de las pruebas y la decisión se concentren en una “audiencia” (es decir, en un acto público y oral).

Es cierto que el “Procedimiento Común a las Demandas de Nulidad, Interpretación y Controversias Administrativas” establece una audiencia a la que denomina “audiencia de juicio” (artículo 82) pero esa es una audiencia para presentar argumentos y promover pruebas, en ella no se concentra el juicio, en ella no se evacúan pruebas y más aún, en ella no se produce la decisión.

El denominado “Procedimiento Breve”, ha sido tenido por la doctrina como el único caso de procedimiento oral en la Ley. En efecto, la Ley ha previsto en este procedimiento una “Audiencia Oral” (artículo 70) en la que no sólo se plantea un debate argumental y se promueven algunas pruebas, sino que en ella el tribunal puede decidir sobre la admisión de las pruebas (artículos 71 y 72 de la Ley) y proceder a su evacuación.

permanente en la ciudad de Caracas, el conocimiento corresponderá igualmente a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 24, último párrafo).

La decisión, sin embargo, no tiene lugar en la audiencia, pues ella se ha de producir *“finalizada la audiencia (...) dentro de los cinco días de despacho siguientes”*.

El profesor TORREALBA SANCHEZ refiere esta situación – la del cumplimiento del mandato constitucional de asumir la oralidad – asegurando que en la Ley se produce *“La asunción limitada y a veces incoherente de la oralidad”* y sostiene que *“un examen meramente panorámico del asunto lleva a concluir que dos de los tres procedimientos de primera instancia contenidos en la LOJCA (...) la incorporación de la oralidad es más aparental que real”*²⁹. Este autor sostiene que solo el “Procedimiento Breve” parece incorporar verdaderamente la oralidad, aun cuando *“(...) la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa se ha encargado de desnaturalizar (...) esa oralidad en el caso del trámite del mismo en los Tribunales Colegiados”*³⁰.

El profesor HERNÁNDEZ MENDIBLE se refiere igualmente a esta incompleta incorporación de la oralidad en la regulación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (haciendo el también salvedad respecto del “Procedimiento Breve”) señalando:

*“(...) cabe concluir que en general – salvo el proceso breve – los procesos administrativos regulados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa desde la perspectiva técnico jurídica, no se corresponden exactamente a lo que debería comprender el proceso preminentemente oral, que se ha denominado proceso por audiencias, sino más bien al proceso preeminentemente escrito con algún acto oral, que es mejor calificar como proceso con audiencias, razón por la que se puede sostener que respecto a este asunto, continua latente el gran desafío (...)”*³¹

En esa misma línea de pensamiento se puede asegurar, de un modo más tajante, que más allá de la latencia o pendencia del gran desafío que supone el establecimiento de la oralidad, estamos frente a una regulación que no cumplió con el mandato constitucional sobre la implementación de la oralidad.

Ahora bien, en lo relativo al trámite del recurso de apelación (artículos 75, 87 al 94) (e incluso del anulado trámite del Recurso Extraordinario de Juridicidad), o de las incidencias de medidas cautelares (artículos 103 al 106) o ejecución de sentencias (107 al 111), la Ley no intenta tan siquiera incorporar elementos de oralidad. Aquellos son todos trámites que responden al principio del proceso escrito, sin atisbos de oralidad.

²⁹ TORREALBA S, Miguel A. (Caracas 2013) Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano Actual. Ediciones FUNEDA. p.p.107-108.

³⁰ TORREALBA S, Miguel A. (Caracas 2013) Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano Actual OP.CIT. p.p.114.

³¹ HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2010) El Proceso Administrativo por Audiencias, en la obra conjunta con BREWER, Allan, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Nro. 47 de la Colección de Textos Legislativos. Edic. EDJV p.p. 219-220.

Y así, si respecto de los tres juicios el Legislador por lo menos hizo un intento de incorporar *algunos elementos* de oralidad, en estas incidencias y recursos no hizo absolutamente nada de eso, y llanamente desatendió el mandato de oralidad que le impone el artículo 257 de la Constitución.

1.3. Tercer Problema: Los trámites para la ejecución de sentencias que establece la Ley se apartan decididamente de la exigencia de uniformidad, simplicidad y eficacia que exige el artículo 257 de la Constitución. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa incluye un Capítulo dedicado a la regulación de la ejecución de la sentencia (el Capítulo VI)³². Y no es casual, se puede afirmar que todo el aparato judicial y todo el proceso judicial existen sólo para que la sentencia sea cumplida, pues en su cumplimiento o ejecución radica la realización de la justicia. Sin embargo, la regulación que contiene la Ley dista mucho de lo que era necesario, es compleja e ineficaz, con lo que condena a la inutilidad todo proceso contencioso que requiera ejecución.

La mayor deficiencia que se puede encontrar en esta regulación es que la misma no simplifica y no unifica el trámite de la ejecución de los fallos, sino que por el contrario, acepta la coexistencia de diversos regímenes de ejecución que serán empleados según la identidad del ejecutado. Con lo que es evidente que el mandato de eficacia y simplificación a que se refiere el artículo 257 de la Constitución no han sido tomados en consideración al momento de su redacción.

En efecto, de los cinco (5) artículos que contiene este capítulo:

(a) uno asigna la competencia de la ejecución —y el trámite de la incidencia de ejecución— al tribunal que haya conocido en primera instancia (artículo 107);

(b) dos están dedicados a identificar a otras leyes como la norma aplicable a la ejecución de decisiones judiciales según el condenado sea la República o algún Estado (artículo 108) un Municipio (artículo 108 segundo párrafo) o un particular (artículo 111), con lo que no sólo abraza la renuncia regulatoria sino además avala una pluralidad de trámites y soluciones que distan de la uniformidad que exige la Constitución, y hacen, en consecuencia, complejo e ineficaz el proceso de ejecución de sentencias, y por último;

(c) dos artículos regulan expresamente la ejecución de las decisiones judiciales cuando el condenado sea un ente descentralizado funcionalmente (artículos 109 y 110). Con lo que

³² Para entender la situación de este instituto procesal en el contencioso administrativo venezolano actualmente, se puede consultar con provecho: HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2015) La ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano, contenido en la obra colectiva 20 Años de FUNEDA y el Contencioso Administrativo, Volumen II. Edic. FUNEDA., KIRIAKIDIS, Jorge (Caracas 2013) El Contencioso Administrativo Venezolano, a la Luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 2da Edición. FUNEDA. p.p. 203-214 y TORREALBA S., Miguel A. (Aragón, España-2014) Consideraciones sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano, en Revista Aragonesa de Administración Pública Nros. 43-44 2014, Editado por el Gobierno de Aragón.

en realidad lo único que regula la Ley es el supuesto de las ejecuciones cuando el condenado sea un ente descentralizado funcionalmente, y en todo caso con esto la ley se afianza en su tendencia a la complejidad y multiplicidad de trámites y soluciones que solo hacen al proceso de ejecución de sentencias complejo e ineficaz.

Además, esta multiplicidad de soluciones y el mantenimiento de un sistema de privilegios en materia de ejecución no sólo lucen injustificados (desde el punto de vista del Derecho a la Igualdad a que consagra el artículo 21 de la Constitución), sino que además terminan transformándose en atentados a la eficacia del proceso y verdaderos escollos a la tutela judicial efectiva de quienes, buscando justicia, se dirigen a los órganos judiciales para demandar las actuaciones ilegales de la Administración.

HERNÁNDEZ M., resumen lo que hemos señalado diciendo:

“Tal y como se puede apreciar, el proceso de ejecución de sentencias no es uniforme, simple y eficaz, lo que constituye una contravención del artículo 257 de la Constitución, por el contrario consiste en un proceso engorroso en lo que respecta a los trámites y plazos a seguir; variable, en función al sujeto obligado a cumplir el fallo de manera voluntaria o forzosa; e ineficaz, desde el mismo momento que el Legislador deja abierta la posibilidad de que ni siquiera se presente una propuesta racionalmente aceptable de ejecución voluntaria de sentencia por la autoridad pública condenada o que se diluya la ejecución forzosa en un proceso que puede durar varios años.”³³

Tal vez uno de los puntos más decididamente contrarios a los principios de uniformidad y eficacia que impone el artículo 257 de la Constitución en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encuentra en esta reglamentación de la ejecución de sentencias, lo que, en nuestra opinión, hace imprescindible una reforma de la Ley que regule de modo coherente, concentrado y eficaz, lo atinente a la ejecución de las sentencias en el contencioso administrativo.

1.4. Cuarto Problema: La jurisprudencia ha desarrollado cuando menos tres ejes jurisprudenciales con los que se ve afectada de manera importante la exigencia del “Trámite Eficaz”. Efectivamente, ha ocurrido que la jurisprudencia contencioso administrativa (notablemente la de la Sala Político Administrativa) ha creado causas de no admitir no previstas en la ley, ha limitado la oralidad de los procedimientos breves y ha reducido el alcance de las demandas por abstención de un modo no previsto en la Ley. Todo ello, en interpretaciones de las normas de la Ley que apartan los trámites procesales de la eficacia que ordena el constituyente. Veamos seguidamente lo que de manera concreta ha dicho la jurisprudencia:

³³ HERNÁNDEZ M, Víctor (Caracas-2015) La ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano (...) OP.CIT. p. 141.

1.4.1. La primera línea jurisprudencial es aquella orientada a **crear causales de inadmisibilidad** diferentes a las que expresamente establece el artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Las víctimas predilectas de esta tendencia jurisprudencial han sido las demandas (tramitadas por “Procedimiento Breve”) que tienen por objeto “la prestación de un servicio público” o aquellas orientadas a atacar una abstención de la Administración.

Así, tenemos que por decisión Nro. 384 de fecha 25/04/12 (a la que nos hemos referido un poco antes), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dio al requisito formal de “acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados, en los casos de reclamo por la prestación de servicios públicos o por abstención” el carácter de una causal de inadmisibilidad, pese a que no está previsto de este modo en la Ley. En efecto, el razonamiento de la Sala es textualmente el siguiente:

“(...) la Sala pasa a decidir sobre la admisibilidad de la presente demanda y, en tal sentido advierte que los artículos 35 y 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa disponen lo siguiente:

Artículo 35: La demanda se declarará inadmisile en los supuestos siguientes: (...) 4. No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad. (...)

Artículo 66: Además de los requisitos previstos en el artículo 33, el demandante deberá acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados, en los casos de reclamo por la prestación de servicios públicos o por abstención.

Conforme se desprende de la normas antes citadas, a los efectos de la admisión de la demanda, corresponde al Órgano Jurisdiccional constatar no sólo el cumplimiento de los requisitos que deberá expresar el escrito presentado, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 33 de la Ley bajo examen, sino que además, el demandante debe acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad, que en las demandas de reclamo por la prestación de servicios públicos y en las demandas por abstención, se refiere a aquéllos que acrediten los trámites realizados ante la autoridad señalada como responsable de la omisión. (...). (...) la parte accionante anexó a su escrito copia de la solicitud presentada ante el Ministro del Poder Popular de Petróleo y Minería según consta del sello de dicho órgano con fecha 31 de agosto de 2011 [folios once (11) y doce (12) del expediente judicial], mas no acompañó a su libelo ninguna prueba que acredite las gestiones que haya realizado ante la Administración para obtener respuesta, razón por la cual, al no estar cumplidos los extremos previstos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe esta Sala declarar inadmisile el presente recurso por abstención. (...).”

Pero la jurisprudencia no se ha quedado sólo en esto (transformar esta formalidad relativa a la acreditación de las gestiones previas en la desaparecida causa de no admisión relativa al agotamiento de la vía administrativa).

Además ha establecido que tal exigencia no se ve satisfecha con la sola acreditación de la petición a la administración, sino que debe acreditarse haberla puesto en mora de su obligación de resolver (como si no fuera suficiente la obligación que le imponen a la Administración tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) con sucesivas peticiones de respuesta (la jurisprudencia no aclara cuantas). Efectivamente en decisión Nro. 444 de fecha 23/04/2015 la Sala Político Administrativa señaló:

“En este sentido, esta Sala observa que la parte demandante anexó a su escrito copia del recurso jerárquico presentado ante el entonces Ministro del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, según consta de sello de dicho órgano con fecha 10 de abril de 2014 (Vid. Del folio 46 al folio 55 del expediente), mas no acompañó a su libelo ninguna prueba que acredite las gestiones que haya realizado ante la Administración para obtener respuesta, razón por la cual, al no estar cumplidos los extremos previstos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe esta Sala declarar inadmisibile la presente demanda por abstención. Así se decide.³⁴”

A nuestro modo de ver esto no solo comporta un atentado a la eficacia del proceso, que ahora se ve sometido (y limitado) por una causa de admisión que no existe en la Ley (pues el artículo 33 de la Ley solo establece un requisitos de forma de la demanda que puede ser perfectamente objeto de subsanación). Además constituye una interpretación que violenta la reserva legal en materia de procedimientos y de limitación de los derechos (ambas cuestiones son parte de la reserva legal nacional conforme a las disposiciones expresas de la Constitución) y un atentado al Derecho de Acceso a la Justicia a que se refiere el artículo 26 de la Constitución (pues crea por vía interpretativa un elemento que supone un obstáculo al acceso a la vía judicial contencioso administrativa).

1.4.2. La segunda línea jurisprudencial es aquella orientada **limitar la oralidad en los juicios tramitados por el “Procedimiento Breve”**³⁵. En efecto, la Sala Político Administrativa, en sentencia Nro. 1177 de fecha 24/11/2010, confirmada en incontables ocasiones (sentencias Nros. 1234 del 02/12/2010; 640 del 18/05/11; 770 del 08/06/2011; 384 del 25/04/2012), ha dispuesto que cuando en la tramitación que se lleve a cabo en un tribunal colegiado (como la propia Sala Político Administrativa o como las aún Cortes Contenciosas) de un juicio al que se aplican las disposiciones del “Juicio Breve” se plantee en la “Audencia Oral” la promoción y evacuación de una prueba, aquella deberá verificarse por ante el Juzgado de Sustanciación. El texto de la Decisión es del tenor siguiente:

“Considera la Sala, dada la naturaleza breve del procedimiento en cuestión, que su tramitación (admisión, notificación, audiencia oral y decisión), en los tribunales

³⁴ Tomada del Portal oficial del TSJ en el enlace <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#2> correspondiente a las decisiones de la Sala Político Administrativa del día 23/04/2015.

³⁵ TORREALBA S, Miguel A. (Caracas 2013) Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano Actual OP.CIT. p.p.163-166.

colegiados, debe realizarse directamente ante el juez de mérito, en este caso, la Sala Político-Administrativa, ello en virtud del carácter breve del referido procedimiento por el cual corresponde a dicho juez instruir directamente el expediente.

Por tanto, sólo procederá la remisión de la solicitud al Juzgado de Sustanciación en aquellos casos en que los asistentes a la audiencia, si así lo consideran pertinente, presentan sus pruebas y las mismas por su naturaleza, necesiten ser evacuadas.

Conforme a lo expuesto, concluye la Sala, que los recursos por abstención o carencia deben tramitarse directamente por ante esta Sala Político-Administrativa y sólo se remitirá el expediente al Juzgado de Sustanciación en caso de ser necesaria la evacuación de alguna prueba, asegurándose así la celeridad que quiso el legislador incorporar a ese especial procedimiento. Así se declara.³⁶

De este modo la Jurisprudencia ha eliminado uno de los más importantes atributos de la oralidad, el de la inmediación del juez, y con ello la jurisprudencia aparta aún más a la ley de la oralidad que ordena la Constitución y de la eficacia que con la oralidad se pretendía dar a este procedimiento.

1.4.3. La última línea jurisprudencial a la que debemos referirnos en esta sección es aquella orientada a **reducir el alcance de las demandas por abstención de un modo no previsto en la Ley** (haciendo resurgir en Venezuela la superada tesis de los “actos excluidos” y atentando así contra el principio de la universalidad del Contencioso Administrativo). La víctima de esta tendencia jurisprudencial ha sido la demanda (tramitada por “Procedimiento Breve”) que tienen por objeto atacar una abstención u omisión de actuación de la Administración.

La Sala Político Administrativa ha declarado (en Sentencia Nro. 393 de 31/03/11) que el Presidente de la República – en atención a sus “múltiples” responsabilidades y a la “envergadura” de aquellas - no está obligado a dar respuesta a cualquier solicitud de explicación que le formulen los ciudadanos con fundamento en el artículo 51 de la Constitución, y que en atención a ello no toda omisión de respuesta del Presidente puede hacer proceder un recurso por abstención o carencia. Adicionalmente, estima la Sala que someter a los altos funcionarios a contestar peticiones de este estilo (en las que tenga que justificar y explicar las razones por las que toma cada decisión y si ha medido o no las consecuencias de sus actos) los distrae de lo verdaderamente importante que es dirigir las políticas públicas protegiendo los intereses del colectivo, lo cual atenta contra el principio de eficiencia que es uno de los principios rectores de la Administración Pública, previsto en el artículo 141 de la Constitución de 1999. La decisión en cuestión dispone:

“En el presente caso, considera este Alto Tribunal que los cambios efectuados en la máxima jefatura del Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat, lejos de perseguir retrasar la actividad desplegada por ese despacho, ha buscado optimizar

³⁶ Tomada del Portal oficial del TSJ en el enlace <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#2> correspondiente a las decisiones de la Sala Político Administrativa del día 24/11/2010.

la política integral del Estado en materia de vivienda y hábitat, tratando de encontrar titulares cada vez más idóneos para el cargo y aplicando -cuando ha sido necesario- los correctivos correspondientes. Así se decide.

(...) Asimismo no puede dejar de mencionar esta Sala que en aplicación del principio de igualdad, al que tanto alude la accionante en su escrito recursivo, no puede tratarse igual a los desiguales. En este sentido, se observa que las múltiples atribuciones asignadas al ciudadano Presidente de la República y la envergadura de éstas, impide que a dicho funcionario público se le dé un tratamiento igual al de cualquier otro funcionario que no dé respuesta –dentro de los lapsos establecidos- a las peticiones que se le realicen. (...)” (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 393 de fecha 31/03/11).

Posteriormente, en Sentencia Nro. 249 de 21/03/12, la Sala Político Administrativa tuvo la ocasión de ratificar el criterio antes expresado. Efectivamente, y aun cuando la redacción podría hacer pensar –equivocadamente - que ese fallo extiende la exclusión a los Ministros, la realidad es que se trata simplemente de una ratificación del criterio según el cual las funciones del Presidente de la República no hacen el objeto del recurso por abstención o carencia. En ese sentido la Sala ha dispuesto:

“Siendo la oportunidad correspondiente para decidir el recurso por abstención o carencia interpuesto por la representación judicial de la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), contra la presunta omisión del Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores en dar respuesta a su solicitud de información acerca del trámite llevado por ese Despacho para la “definitiva ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se observa lo siguiente: (...)

Igualmente, se desprende de la decisión supra citada, tomando en consideración los artículos 154, 217 y 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que tanto la oportunidad en la que deba ser promulgada la Ley Aprobatoria de un tratado o convenio internacional, así como la definitiva ratificación o adhesión de estos, dependen de competencias discrecionales del Presidente de la República, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

De manera que, en el caso de autos, dado que apenas en fecha 4 de octubre de 2011, fue suscrito por la República Bolivariana de Venezuela el aludido Protocolo Facultativo, sin que para el momento en que se emite el presente fallo se hubiere publicado la Ley Aprobatoria, y menos aún, el Presidente de la República haya manifestado su intención de ratificar o adherirse al mencionado acuerdo, resulta por tanto inexigible la obligación del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de realizar el respectivo trámite de ratificación o adhesión en cuestión, previsto en el Reglamento Orgánico de ese Órgano, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.245 de fecha 19 de agosto de 2009 (...) Siendo ello así, el Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores –para la presente fecha- no está obligado a dar respuesta sobre lo peticionado por la

Asociación Civil Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA), tal como, acertadamente lo sostuvieron tanto la representación de la República como del Ministerio Público. En consecuencia, se declara sin lugar el recurso por abstención o carencia ejercido. Así se decide.” (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 249 de fecha 21/03/12).

En definitiva de lo que se trata es de que esta línea jurisprudencial ha creado una irrecorribilidad o una inmunidad en favor de las actuaciones del Presidente de la República, al que se está excluyendo del ámbito de las demandas por abstención (de las que sus actuaciones hacen objeto conforme a la Ley), sobre la base de un argumento que no tiene fundamento constitucional o legal alguno: la importancia y la discrecionalidad de las funciones que ejerce el Presidente de la República.

Con esto, sin dudas se reduce la eficacia del instrumento que establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y se crea, lo dice la Sala, un privilegio de inmunidad o irrecorribilidad por vía de demanda por abstención, respecto de las omisiones y abstenciones del Presidente de la República (en contra de lo que establece la Constitución y la Ley).

2. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES QUE IMPONE EL DEBIDO PROCESO EN LA REGULACIÓN PROCESAL QUE HACE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Toca ahora, como se hizo antes respecto de los contenidos del artículo 257 de la Constitución, examinar la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y referir si en ella o en las aplicaciones que de ella hace la jurisprudencia, se encuentran elementos que atentan contra los contenidos del Derecho al Debido Proceso, como los entiende, en principio, el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1999.

Debe tenerse presente que, a diferencia de lo que ocurre con los contenidos del artículo 257 (que en principio sirven de medida a los procesos reglamentados con posterioridad a 1999), los contenidos del artículo 49 permiten definir si un proceso cualquiera, anterior o posterior a 1999 y al texto de la Constitución, es *debido*.

Ahora bien, hay que aclarar que en el caso de la revisión que se hace de los procesos contencioso administrativos regulados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no existe diferencia entre el carácter obligatorio de los elementos a que se refiere el artículo 257 y aquellos a los que se refiere el artículo 49, en tanto que la reglamentación procesal que supone la Ley es posterior al año de aprobación de la Constitución de 1999.

El que se les haya definido como mandatos de optimización no hace de los contenidos del 257 menos constitucionales o menos exigibles, aquello solo supone que su aplicación

depende de unos supuestos en desarrollo, en este caso, que se legisle sobre procesos y que esto se haga con posterioridad a 1999. Una vez que aquello ocurre, los contenidos del 257 son perfectamente vinculantes y obligatorios.

Seguidamente se relacionan los casos o supuestos donde hemos creído encontrar que una contradicción entre lo regulado por la Ley y los elementos que definen el Debido Proceso, siguiendo, por supuesto, el orden que impone el propio artículo 49 al listar sus elementos.

2.1. La defensa (que supone el derecho a conocer y ser notificado de los cargos que se imputan, a acceder a las pruebas y tener un plazo razonable para responder y a recurrir del fallo que le resulte adverso) y a la asistencia jurídica (que supone la defensa técnica o asistencia de abogado).

2.1.1. Nociones Generales. La Constitución se refiere concretamente a este elemento que permite entender que un proceso cualquiera cumple con los extremos de lo “debido”, del modo siguiente:

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

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

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (aun cuando irregularmente “denunciada”³⁷ por el Gobierno venezolano, vigente en cuanto a la consagración de contenidos más favorables, por imperio del principio de progresividad de los derechos constitucionalmente previsto³⁸) se refiere concretamente a estos contenidos del Proceso Debido, y especialmente a aquellos que conforman la Defensa, del modo siguiente:

“Artículo 8.- Garantías Judiciales:

³⁷ Sobre la inconstitucionalidad de esta denuncia se puede consultar: AYALA, Carlos (Caracas 2013) Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela en la Revista de Derecho Público Nro. 131 julio-setiembre 2012. p.p.39-73, y; BLANCO-URIBE, Alberto (Caracas 2013) La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y el Derecho en la Revista de Derecho Público Nro. 129 enero-marzo 2012. p.p.7-26.

³⁸ “Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”

(1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (...), en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(2) (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) **derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor** o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) **comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada**; c) **concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa**; d) derecho del inculpado de **defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor** de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor** proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) **derecho de la defensa de interrogar a los testigos** presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y; h) **derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior**.
(...).”

A su turno la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido en muchas ocasiones al Debido Proceso, y muy concretamente al Derecho a la Defensa y su significado, en una de ellas ha señalado:

“En cuanto al **derecho a la defensa**, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo **debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas**. En consecuencia, **existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias**.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 5 del 24/01/2001)

Hay que decir, para no incurrir en equívocos, que más allá del derecho a conocer el procedimiento que pueda afectarlo, la jurisprudencia es clara al señalar que en ello va además la exigencia de la notificación previa de los “cargos” en cualquier tipo de procedimiento (Sentencia Nro. 582 del 10/06/2010).

Sobre el Derecho a Recurrir, la Jurisprudencia ha reconocido que el mismo hace parte del Derecho a la Defensa, no obstante, el mismo funciona como una suerte de *mandato de optimización* (como en el caso del artículo 157 de la Constitución y merced de los efectos del principio de progresividad) en tanto que la Constitución expresamente consagra el *“derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la*

ley” (Sentencia Nro. 87 del 14/03/2001; Nro. 328 del 09/03/2001; Nro. 1341 del 03/08/2001 y Nro.3255 del 28/10/2005).

Por último, hay que observar que, aun cuando no está expresamente previsto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido el Derecho a la “motivación de la sentencia” (Sentencia Nro. 150 del 24/03/2000 y Nro. 1316 del 08/10/2013) como integrante del Debido Proceso. Y aun cuando la Sala no lo señala, debe entenderse como incorporado al Derecho a la Defensa, toda vez que la motivación del fallo es una *consecuencia* del Derecho a ser oído y un presupuesto del Derecho a los Recursos.

Dicho lo anterior, es decir, sentado el marco referencial, debemos ahora abordar el asunto de si hay en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa normas procesales que se apartan de los contenidos del Derecho a la Defensa, y al respecto debemos decir:

2.1.2. Primer Problema: Ausencia regulatoria en materia de pruebas³⁹ y la sospechosamente inconstitucional limitación del derecho a probar en el trámite de las apelaciones. La Ley no regula en modo alguno la materia probatoria, con lo que la solución general supone la aplicación supletoria de las normas sobre medios y valoración de las pruebas contenidos en el Código de Procedimiento Civil.

Esto puede no parecer inconveniente a primera vista, en tanto que el aludido Código está inspirado en el principio de libertad probatoria. No obstante, sucede que aquel es un Código ideado bajo el sistema del proceso escrito y en el que las partes están en *situación de igualdad*, y eso no es lo que ocurre en el contencioso administrativo.

En efecto, el contencioso administrativo está estructurado sobre la idea de la oralidad (que no obstante, hemos visto, no se cumple realmente), y en él se enfrentan sujetos en evidente desigualdad, pues de una parte se encuentra el administrado, y frente a él la Administración, que goza de ingentes prerrogativas no sólo procesales (inembargabilidad, imposibilidad de prestar juramento decisorio, antejuicio administrativo etc.) sino además de inherentes al ejercicio del poder (vg. la presunción de legalidad de los actos o el privilegio de ejecución). Sobre esto, el profesor TORREALBA SÁNCHEZ reflexiona señalando:

“Existen dos aspectos fundamentales (...) que de manera insólita no fueron regulados en la LOJCA. El primero, respecto del cual la Ley sencillamente guarda silencio absoluto, es el de las pruebas en el procedimiento administrativo. Nada señala el texto en el tema probatorio, lo que implica que en lo que concierne a la promoción, oposición, admisión y evacuación de las mismas, además de las limitaciones que

³⁹ De este silencio dan cuenta, entre otros, HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas 2013) Derecho Constitucional a la Prueba en los Procesos Administrativos, trabajo publicado en Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público, V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013. EDJV. p.p. 528, y TORREALBA S, Miguel A. (Caracas 2013) Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano Actual OP.CIT. p.p.122.

*establece la legislación para la prueba de confesión y juramento decisorio frente a ciertos entes públicos, el régimen aplicable supletoriamente será el del Código de Procedimiento Civil, visto el reenvío expreso del artículo 131 de la misma Ley (...) Resultado de tal vacío, es que la regla que va a ser que las pruebas se regulen por normas concebidas básicamente para el proceso civil escrito (...) y no para procesos orales o por audiencias. La dificultad de conciliar esta solución legislativa con los principios de oralidad, inmediación y concentración resulta evidente, sobre todo por cuanto, como quedó ya evidenciado, es precisamente en la fase probatoria en la cual la oralidad adquiere razón de ser en el proceso."*⁴⁰

Lo cierto es que si bien esta ausencia regulatoria no puede ser considerada un atentado al Derecho a la Prueba (y con ello un atentado a la Defensa), no obstante constituye un elemento que no favorece en nada el Derecho a Probar y potencialmente atenta contra la eficacia de los procesos Contencioso Administrativos.

Lo cierto es que si el Legislador se ha tomado el empeño de regular procesos administrativos que sirvan de vehículo a la aplicación de la justicia en materia administrativa, lo razonable sería que, existiendo razones para la autonomía de esos procesos respecto de los civiles, el tema probatorio, que es sin dudas el corazón del proceso, recibiera igualmente un tratamiento que tomara en cuenta las particularidades de la materia, igualando – en alguna medida – la situación de minusvalía en la que se encuentra el particular que enfrenta a una Administración dotada de incontables privilegios, y que igualmente advierta que, en esta materia, existe normalmente un elemento probatorio crucial que maneja la Administración: el expediente administrativo, y que debe hacer objeto de una regulación sobre su valoración, que hasta ahora, no existe.

La única regulación especial que hace la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia probatoria, es una norma (el artículo 91) que limita los medios probatorios que se pueden hacer valer en el procedimiento de segunda instancia o alzada, reduciéndolos exclusivamente a las documentales.

Es cierto que la regulación que contiene el artículo 91 supone una *ampliación probatoria* respecto del régimen procesal ordinario⁴¹ previsto en el Código de Procedimiento Civil respecto de la apelación, en donde en materia de pruebas documentales sólo son admisibles los *instrumentos públicos* (artículo 520 del Código de Procedimiento Civil).

Sin embargo hay que recordar que el Código es un instrumento normativo anterior a la constitucionalización del Derecho a las Pruebas (que ocurre con la Constitución de 1999). De suerte que tal limitación a la libertad probatoria – tanto la del artículo 520 Código de

⁴⁰ TORREALBA S, Miguel A. (Caracas 2013) Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano Actual OP.CIT. p.p.122-123.

⁴¹ HERNÁNDEZ M., Víctor (Caracas-2010) Los Recursos de Apelación, Especial de Juridicidad y la Ejecución de Sentencias en el Proceso Administrativo, contenido en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa . Volumen I. Edic. FUDEDA p. p. 145.

Procedimiento Civil como la del Artículo 91 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – puede ser tenida por una restricción injustificada al Derecho a Probar.

2.1.3. Segundo Problema: El respeto *incompleto* de los Derechos a los Recursos y a la Doble Instancia. Hay que decir que, en materia del Derecho a los Recursos y muy especialmente el Derecho a la Doble Instancia, la regulación contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa supone una notable mejora respecto de la regulación que provisoriamente hacía del contencioso administrativo la vieja Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (pues la regulación igualmente provisoria que hacía la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 era de tal modo incompleta y omisa que obligó a la jurisprudencia a “revivir” las normas derogadas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para, por ejemplo, distribuir las competencias entre los distintos Tribunales de lo contencioso administrativo).

Efectivamente, primero por vía jurisprudencial y ahora por vía normativa, ha desaparecido del Contencioso Administrativo las causas que, conocidas por un tribunal de inferior jerarquía a la Sala Político Administrativa, no tenían recurso de apelación.

Además, la Ley incluyó en sus normas un nuevo recurso (el recurso de Juridicidad), que en paralelo a la Casación en materia Civil y Penal, pretendía incluir en el Contencioso Administrativo una revisión de la corrección en derecho del fallo de última instancia. Reglamentando así una competencia natural que la Constitución asigna a la Sala Político Administrativa (pues la competencia para “conocer del recurso de casación” que establece el artículo 266, numeral 8, es una competencia común a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia) y que hasta ahora no había sido “acatada” por el Legislador.

Con ello se daba al Derecho a los Recursos en materia contencioso administrativa un nuevo contenido, que además no respondía a la “bondad” del Legislador, sino a un mandato constitucional.

No obstante lo antes observado, hay, lamentablemente, dos importantes “sin embargo” que referir.

(a) En primer lugar, hay que decir, respecto del Derecho a la Doble Instancia, que el avance que suponen las antes comentadas normas ha sido- no obstante - *tímido e incompleto*.

Efectivamente, ocurre en la distribución de competencias – del Contencioso Administrativo la Ley asigna al tribunal de más alta jerarquía (la Sala Político Administrativa), que debería en principio tener competencias de cierre del sistema, la competencia para conocer en *primera instancia* de una importante cantidad de causas.

Así, según el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la Sala es competente para resolver, en primera y única instancia: (i) de los juicios contenciosos que se instauren contra las más altas autoridades nacionales que tengan por

objeto las nulidades de actos generales o particulares, las vías de hecho, las abstenciones , y los conflictos entre autoridades administrativas, excepto cuando se trate de conflictos entre municipios de un mismo estado (ordinales 3, 4, 5, 6, 7 y 8⁴²); (ii) de las demandas de contenido patrimonial que se ejerzan contra los entes de cualquier administración pública, incluida la nacional, siempre que su cuantía supere las de setenta mil (70.000) unidades tributarias (ordinal 1); (iii) de las demandas de contenido patrimonial que ejerzan los entes de cualquier administración pública, incluida la nacional, siempre que su cuantía supere las de setenta mil (70.000) unidades tributarias, siempre y cuando sean asuntos sustancialmente administrativos (artículos 29, ordinal 2 y 9, ordinal 9), (iv) de la interpretación autónoma de normas o leyes de contenido administrativo (ordinal 21); (v) de las demandas ligadas al uso del espectro radioeléctrico, las ligadas con la nacionalidad de las personas, las demandas ejercidas contra los representantes diplomáticos acreditados en el país los juicios y las demandas sobre hechos ocurridos en altamar o en el espacio aéreo (10, 11, 14 y 22); (vi) el contencioso de la carrera militar para los grados de oficial (ordinal 23 ⁴³).

⁴² Hay que decir que la Sala Político Administrativa ha interpretado extensivamente esta disposición, extendiendo su competencia al conocimiento de autoridades que, no obstante, no encuadran en la enumeración del artículo 23 de la LOJCA. Así, en sentencia Nro. 748 de 02/06/11, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia hace una interpretación del numeral 5 del artículo 23 de la LOJCA, para extender su competencia al conocimiento de “las acciones ejercidas contra los actos administrativos dictados por (...) los Viceministros o Viceministras y las autoridades regionales (...) [e] igualmente (...) [a] las acciones judiciales ejercidas, contra las actuaciones de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, las cuales según la norma citada son: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los Juntas Sectoriales y los Gabinetes Ministeriales”. En esa misma decisión se ha creado un criterio atributivo de competencia que atiende a “la relevancia” o “la trascendencia” de la actividad que desempeña el ente en cuestión gracias al cual la Sala Político Administrativa se hace competente para conocer de actuaciones de órganos como el servicio nacional de contrataciones. Efectivamente, en la aludida decisión la Sala se atribuyó la competencia en el caso en referencia señalando: “Así, aun cuando el Servicio Nacional de Contrataciones posee dentro de la organización administrativa las características de un servicio autónomo sin personalidad jurídica, las competencias que le han sido atribuidas por la ley especial poseen una gran relevancia en la actividad administrativa por constituir el órgano al cual le ha sido encomendada la supervisión, vigilancia y control de los procesos para la selección de las empresas contratables por las personas de derecho público señaladas en dicha ley, fungiendo incluso como órgano auxiliar de la Contraloría General de la República. Lo anterior permite afirmar, que las actividades desplegadas por el analizado servicio autónomo poseen tal trascendencia dentro de la actuación del Estado, que se justifica que el control de la constitucionalidad y legalidad de sus actos sea ejercido por esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa en la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, este órgano jurisdiccional declara su competencia para conocer del presente recurso de nulidad. Así se decide (...)”.

⁴³ La Sala Político Administrativa ha tenido la ocasión de insistir en que esta excepcional competencia en materia de función pública se limita al caso del personal con rango de oficiales de la Fuerza Armada Nacional, quedando excluidas las reclamaciones funcionariales del resto del personal militar (Suboficiales Profesionales de Carrera de la Fuerza Armada Nacional, el personal de Tropa Profesional, personal activo de la Reserva Nacional y de la Guardia Territorial), las cuales incumben la competencia de los Juzgados Superiores Estadales de lo Contencioso Administrativo (Sentencia Nro. 00167 del 9/02/11).

Y si bien es tradicional en Venezuela que esto sea así, lo cierto es que la inclusión del Derecho a la Doble Instancia en el contenido del Derecho a la Defensa (y por eso al del Debido Proceso) en la Constitución de 1999 modifica los estándares o límites que tenía el Legislador en esta materia.

Y aun cuando la Constitución pareciera dejar un aparente escape al legislador (al señalar que el derecho a los recursos depende de lo que diga el legislador), lo cierto es que la fuerza del *principio de progresividad* (artículo 19 de la Constitución venezolana) combinada al principio de *prevalencia de los contenidos más favorables* y la vigencia y constitucionalización de los contenidos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 22⁴⁴ y 23⁴⁵ de la Constitución venezolana) ha hecho en nuestro ordenamiento procesal resulten imposibles – por inconstitucionales – las previsiones procesales u orgánicas que limiten la Doble Instancia.

De este modo, el establecimiento de competencias para el conocimiento en primera y única instancia de causas contencioso administrativas a la Sala Político Administrativa es, sin dudas, un agravio al contenido de esta garantía procesal.

En acatamiento a esta nueva realidad sustancial de los derechos, es oportuno que el Legislador abandone la *tradición* de asignar a la Sala Político Administrativa el conocimiento en primera instancia de causas como las demandas de contenido patrimonial o las nulidades o las demandas por abstención, pues la Sala debe funcionar como órgano de cierre del sistema legal (conociendo de la casación) y como órgano de alzada (conociendo en apelación) de las decisiones dictadas por los Tribunales Nacionales Contencioso Administrativos (aún no creados, y aún suplantados indebidamente por las Cortes de lo Contencioso Administrativo).

(b) En segundo lugar, respecto del Derecho a la los Recursos, y concretamente a la consagración del Recurso de Juridicidad, hay que señalar que el mismo hizo el objeto de una – muy cuestionable - declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De modo que lo que sin dudas constituyó un avance legislativo en cuanto al contenido del Derecho a los Recursos en materia contencioso administrativa ha sido objeto de un retroceso judicialmente ordenado.

La regulación del recurso, tenía, como todo el texto de la Ley, numerosas deficiencias que, no obstante podrían haber sido salvadas acudiendo a los métodos de interpretación

⁴⁴ “Artículo 22.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”

⁴⁵ “Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

hermenéutica del derecho, que, a la luz de la Constitución, permitirían conservar el texto legal y aplicarlo de manera cónsona con el resto del ordenamiento jurídico.

No obstante, en la primera oportunidad en que este recurso fue objeto de escrutinio constitucional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el mismo fue primero suspendido (Sentencia Nro. 1149 de fecha 17 de noviembre de 2010), y luego anulado (Sentencia Nro. 281 de fecha 30 de abril de 2014⁴⁶).

Los argumentos de la decisión para proceder a anular las normas que consagran y regulan el recurso son los siguientes:

*“(...) la Ley, al no prever taxativamente las causales que darían lugar a la interposición y consecuente análisis del recurso especial de juridicidad. En su contexto, no se establece de modo alguno los límites de control que deberían regir a este medio adjetivo, específicamente, sobre qué vicios, deficiencias y violaciones daría lugar a la impugnación y consecuencia anulación de la sentencia; indeterminación que, a su vez, hace imposible estimar si efectivamente se trata de una tercera instancia. **Tal inobservancia genera un problema desde la perspectiva de la validez y eficacia de las normas que conforman esta incipiente institución; su ambigüedad e indeterminación en su alcance da lugar a entender que su amplitud es sumamente vasta, con una aplicabilidad que no solo podría adoptar la función nomofiláctica de la casación; abarca también la potestad de revisión constitucional, al no preceptuarse las causales que darían lugar a la nulidad de los fallos.**” (Resaltado nuestro).*

Y un poco más adelante sostiene:

“La falta de previsión normativa de los supuestos de procedencia establece una contravención al principio de legalidad sobre las formas procesales (art. 156.32 CRBV), al pretenderse, por falta de regulación y delimitación, un medio impugnativo o de gravamen, cuya auténtica naturaleza tampoco puede precisarse debido a su indeterminación, dado que, en sus efectos, **contraviene tanto el régimen de competencias de esta Sala Constitucional, en materia de revisión, como otros principios fundamentales de índole procesal constitucional.** El conferimiento de una potestad dentro de los parámetros de la revisión, como lo menciona el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, **dan a entender que el recurso especial de juridicidad invade la función de control de esta Sala Constitucional y estaría generando una doble revisión a través de distintas Salas, infringiendo las potestades exclusivas determinadas en el artículo 336 constitucional.**” (Resaltado nuestro).

⁴⁶ Consultada en el portal oficial del Tribunal Supremo de justicia
<http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1> en enlace correspondiente a las decisiones de fecha 30/04/14.

De este modo, la Sala Constitucional anula las disposiciones que consagran el recurso de juridicidad, debido a que no hay en la Ley una norma que establezca las causales excepcionales de procedencia del recurso en cuestión, con lo que se produce un *riesgo de solapamiento de funciones* entre la revisión constitucional que ejerce – como una facultad discrecional – la Sala Constitucional y la casación administrativa, llamada juridicidad - como recurso y por ello derecho – de la que debía conocer la Sala Político Administrativa.

Ahora bien, más allá de lo insostenible que resulta “el riesgo de solapamiento de competencias” como causa de inconstitucionalidad, y lo constitucionalmente cuestionable que es preferir una competencia discrecional por sobre un derecho constitucional, lo cierto es que la Sala podía haber ejercido la facultad de interpretación que frecuencia utiliza en casos similares, emprendiendo una interpretación constitucionalizante del texto simplemente aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil que establecen las causales extraordinarias en las que procede la casación (recordando que el Código de Procedimiento Civil es, por mandato expreso de la propia Ley de la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo, fuente supletoria). Esto le habría permitido conservar las normas y mantener la integridad del texto legal, conservando, además el contenido adquirido por el Derecho a los Recursos merced de la aprobación de la Ley.

Sin embargo, esto no fue lo que eligió hacer la Sala, que pura y llanamente anuló las normas y sustrajo del ordenamiento un “recurso” – que aun cuando extraordinario- es la concreción tanto del Derecho de Acción (Acceso a la Justicia) como del Derecho a los Recursos Judiciales.

Con ello el terreno ganado en el contenido de este Derecho (el Derecho a los Recursos) con la aprobación de la Ley y de su Recurso de Juridicidad, se perdió, con una sentencia que valora más el cuidado de las competencias exclusivas y excepcionales de la Sala (pues hay que recordad, para la Sala Constitucional la Revisión NO ES UN RECURSO, SINO UNA FACULTAD DISCRECIONAL) que los Derechos Constitucionales de los ciudadanos.

2.2. La *presunción de inocencia* (que implica que la carga de demostrar la culpabilidad de una persona es justamente de quien aduce tal culpabilidad, y por ello, en caso de dudas, se favorece la declaración de inocencia).

2.2.1 Nociones Generales. La Constitución se refiere concretamente a este elemento que permite entender que un proceso cualquiera cumple con los extremos de lo “debido”, del modo siguiente:

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

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

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (aun cuando irregularmente “denunciada”⁴⁷ por el Gobierno venezolano, vigente en cuanto a la consagración de contenidos más favorables, por imperio del principio de progresividad de los derechos constitucionalmente previsto⁴⁸) se refiere concretamente a estos contenidos del Proceso Debido, y especialmente a aquellos que conforman la presunción de inocencia, del modo siguiente:

“Artículo 8.- Garantías Judiciales: (...)

(2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...).”

A su turno la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido al Derecho a la Presunción de Inocencia y su significado, en una de ellas ha señalado:

“(...) el derecho a la presunción de inocencia es concebido como, aquel en el cual a la persona investigada en cualquier etapa del procedimiento (bien sea administrativo o judicial) en este caso administrativo sancionatorio, se le otorga aparte del derecho de hacer uso de toda la actividad probatoria que le favorezca, un tratamiento en el cual no se le considere responsable de la autoría de los hechos investigados, hasta que finalice el procedimiento y se tome la decisión o resolución final; esto con el fin, de garantizar al investigado el derecho a no verse objeto de una decisión, en la cual se le considere responsable, sin haber tenido una etapa previa de actividad probatoria sobre la cual el órgano contralor fundamente ese juicio razonable de culpabilidad (Vid. Sentencia del 29 de agosto de 2003, caso: Hely Rafael Socorro Benítez).

(...) No está de más recordar que la formulación de cargos equivale a una acusación o alegación, donde se imputa a una persona unos hechos, y se les califica jurídicamente. Esta actividad – apunta la Sala – nunca obra contra la presunción de inocencia, ya que en el proceso penal o sancionatorio donde se ventilarán los hechos, se le sigue teniendo como inocente hasta su culminación, siendo la acusación o los cargos, afirmaciones que corresponden necesariamente a etapas de ese proceso con miras, que en definitiva, se enerve la presunción de inocencia.”
(Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 2997 del 04/11/2003)

⁴⁷ Sobre la inconstitucionalidad de esta denuncia se puede consultar: AYALA, Carlos (Caracas 2013) Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela en la Revista de Derecho Público Nro. 131 julio-setiembre 2012. p.p.39-73, y; BLANCO-URIBE, Alberto (Caracas 2013) La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y el Derecho en la Revista de Derecho Público Nro. 129 enero-marzo 2012. p.p.7-26.

⁴⁸ “Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”

2.2.2. Problema: Necesidad de regulación no satisfecha. Hay que decir que en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no hay normas especialmente dedicadas a este tema, y por ello sería injusto afirmar que sus contenidos subvierten o enervan de algún modo los efectos de la Presunción de Inocencia. Mal se podría decir que esto es así, cuando no hay tan siquiera regulaciones específicas en torno a los medios de prueba y la carga de la prueba.

Sin embargo, y por lo que respecta al contencioso de las *demandas de nulidad de los actos administrativos*, sería oportuno hacer algunos ajustes -ello así de cara a la eficacia que postula el 257 de la Constitución y más aún de cara a la Tutela Efectiva a que se refiere el 26 de la Constitución- en tanto que la situación de la Administración que se presenta como demandado en un juicio contencioso administrativo es esencialmente distinta a la de un demandado ordinario.

En efecto, en el contencioso de las nulidades la Administración que se presenta como demandado a sostener la legalidad de un acto de su autoría, es, al mismo tiempo, la autora de una actuación jurídica que se presume legítima (como la sentencia de los jueces) y que ha resultado de un proceso (el proceso administrativo) en el que se ha visto afectada la esfera jurídica de un justiciable (un administrado, un ciudadano, una persona), que es justamente el que la demanda ahora en la vía contencioso administrativa. Es decir, quien se presenta ante el juez contencioso administrativo como “demandante” de la nulidad, es en realidad (dada la estructura del proceso) el sujeto pasivo (demandado, expedientado o sancionado) de una relación procesal que sirve de antecedente inmediato (y necesario) al juicio contencioso y que involucra a las mismas partes que ahora se presentan ante el Juez.

En el contencioso de las nulidades la prueba fundamental del juicio (tanto para el accionante como para la defensa) está constituida por el *expediente administrativo* que ha sustanciado y tiene en su poder la Administración demandada.

A esto se suma que en Venezuela, con fundamento más en doctrina y tradiciones que en algún texto legal o constitucional, al acto administrativo de efectos particulares se le reviste de una *presunción de legalidad* que supone que es *natural* que la Administración ejecute sus propias actuaciones aun cuando las mismas estén siendo revisadas por un Juez (lo que evidentemente supone la ineficacia de la vía judicial)⁴⁹.

⁴⁹ En efecto, es cierto que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que la Administración está facultada a *ejecutar sus propios actos* (artículo 8) y que la interposición de los Recursos Administrativos (es decir, lo que debe resolver la propia Administración) *no tienen efectos suspensivos* (artículo 87, primer párrafo). No obstante la propia Ley prevé que la suspensión en la vía administrativa procede con la sola acreditación alternativa de “que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto” y siempre el solicitante constituya caución suficiente (artículo 87, segundo párrafo). Es decir, procede – en la lógica de esa Ley – de modo *casi automático* y sin que sea necesario acreditar los extremos de procedencia que en vía judicial se requieren. Y nada dice la Ley en torno a lo que ocurre con el acto y sus efectos cuando lo que se ejerce es un contencioso administrativo. Vale decir que lo mismo

Y además, hay que tomar en cuenta la cantidad de prerrogativas procesales que las leyes – sin ningún problema y en abierta contravención de la Igualdad que la Constitución postula – asignan a la Administración Pública y los privilegios procesales creados por vía jurisprudencial (entre ellos la imposibilidad fáctica, estadísticamente verificable, que se acuerden medida cautelares, aun cuando se trate de una simple suspensión de efectos, en contra de la administración).

Ahora bien, para que el contencioso de las nulidades de los actos de efectos particulares pueda alcanzar a ser en Venezuela en una vía judicial eficaz y que brinde la tutela a los justiciables, se requiere de ajustes (bien legislativos o jurisprudenciales).

No se trata de negar la Presunción de Inocencia, sino de entender – y declarar – que en el caso del contencioso de las nulidades la presunción de inocencia pertenece al justiciable que se ha visto afectado por la actuación administrativa que hace objeto de recurso.

No se trata de imponerle a la Administración una suerte de *presunción de culpa*, sino de entender que en el contencioso aquella debe acreditar positiva y activamente la legalidad y constitucionalidad de sus actuaciones, toda vez que con ellas, de modo unilateral, se están afectando interés y derechos (y en ocasiones derechos fundamentales) de las personas.

Por eso debe, por ejemplo, eliminarse el privilegio de la no confesión ficta que existe en favor de la Administración (pues esto solo abona a agravar la carga de los justiciables que vienen a enfrentar el acto administrativo que unilateralmente se les ha impuesto y afecta sus derechos) y debe reglamentarse la *carga* que tiene la Administración de producir el expediente administrativo en el juicio en el que se cuestiona un acto, estableciendo que la falta de producción del expediente como instrumento fundamental de la “defensa” hace proceder la demanda.

No se trata de negar la presunción de legitimidad de los actos administrativos de efectos particulares, se trata de entender que, al igual que lo que ocurre con la sentencia de primera instancia, esta presunción no se puede hacer valer frente al juez que está revisando la actuación, pues justamente esa presunción se sostiene solo hasta que se objeta frente al juez que debe revisar la actuación, y en razón de ello, debe facilitarse la procedencia de las medidas y debe exigirse a la administración una postura de defensa activa de sus actuaciones, sin la cual aquellas deben ser tenidas por irregulares.

Esto así, pues la realidad es que en el contencioso de las nulidades quien se defiende no es en realidad la administración demandada y autor del acto, sino el justiciable que acude al contencioso para hacer frente a un acto jurídico que se le impone forzosa y unilateralmente afectando sus derechos. Y si bien la presunción de legalidad del acto administrativo lo

ocurría con la suspensión de efectos prevista por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (que sin embargo fue desdibujada por la jurisprudencia que cargó la procedencia de esa medida con requisitos que no establecía la propia Ley).

sostiene y permite que aquel se imponga unilateralmente, no es menos cierto que la exigencia de la presunción de inocencia del expedientado hace que esa presunción de legalidad se esfume una vez que el asunto es sometido al conocimiento del juez contencioso administrativo.

2.3. El Derecho a ser juzgado por el *Juez Natural* (lo que supone que los juicios sean conocidos un tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad a los hechos que se juzgan).

2.3.1. Nociones Generales. La Constitución se refiere concretamente al Derecho a ser juzgado por el *Juez Natural* como parte o elemento del *proceso debido*, en dos ordinales del artículo 49. La norma lo hace del modo siguiente:

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

*3. **Toda persona tiene derecho a ser oída** en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente **por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad***

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

Como se observa, la norma constitucional primero (en el ordinal tercero) desarrolla los elementos que caracterizan al juez natural, con ocasión a referirse al Derecho a ser oído, y luego (en el ordinal cuarto) insiste y nominaliza lo que antes ha caracterizado como “Derecho al Juez Natural”. De este modo la norma debe leerse así: el “**derecho a ser juzgad[o] por sus jueces naturales**” es el derecho a ser juzgado por “**un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad**”.

Ahora bien, estos elementos que conforman o caracterizan al órgano que juzga como “Juez Natural” (la competencia, la independencia, la imparcialidad y el establecimiento previo) tienen en la Constitución (por lo menos la independencia y la imparcialidad) expresión

concretizada en las previsiones de los artículos 255⁵⁰ y 267⁵¹, que establecen: (i) la Carrera Judicial, a la que se ingresa por concurso (ii) la estabilidad que aquella supone, y; (ii) la Jurisdicción Disciplinaria, como única forma de separar a los jueces de sus cargos (y así romper con la estabilidad que el ejercicio de la carrera judicial supone).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere concretamente a estos contenidos del Proceso Debido, y especialmente a aquellos que conforman el derecho al Juez Natural (a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad), del modo siguiente:

“Artículo 8.- Garantías Judiciales:

(1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley**, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...).”

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido al Derecho a ser juzgado por el Juez Natural, señalado:

“(...) El Derecho al Juez Natural consiste en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la Ley. Esto es aquél al que le

⁵⁰ “Artículo 255.- **El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos** que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. **Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas o suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.**

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de derecho la especialización judicial correspondiente.

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.” (Resaltado nuestro).

⁵¹ “Artículo 267.- Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.” (Resaltado nuestro).

corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; y, en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (...)” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 29 del 15/02/2000) (Resaltado y subrayado nuestro).

E igualmente ha aclarado que este Derecho que menciona el ordinal 4 del artículo 49 de la Constitución, contiene o supone, además, los elementos a que se refiere el ordinal 3 del artículo 49 de la Constitución. Efectivamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dispuso:

*“En la persona del **juez natural**, además de ser un juez predeterminado por la ley, (...) y de la exigencia de su constitución legítima, **deben confluir varios requisitos para que pueda considerarse tal. Dichos requisitos, básicamente**, surgen de la garantía judicial que ofrecen los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y **son los siguientes: 1) Ser independiente**, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura; **2) ser imparcial**, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligada a la imparcialidad del juez. La parcialidad objetiva de éste, no sólo se emana de los tipos que conforman las causales de recusación e inhibición, sino de otras conductas a favor de una de las partes; y así una recusación hubiese sido declarada sin lugar, ello no significa que la parte fue juzgada por un juez imparcial si los motivos de parcialidad existieron, y en consecuencia la parte así lesionada careció de juez natural; **3) tratarse de una persona identificada e identificable; 4) preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar**, es decir, no ser un Tribunal de excepción; **5) ser un juez idóneo**, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar**; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. (...). Este requisito no se disminuye por el hecho de que el conocimiento de varias materias puedan atribuirse a un sólo juez, lo que atiende a razones de política judicial ligada a la importancia de las circunscripciones judiciales; y **6) que el juez sea competente por la materia**. Se considerará competente por la materia aquel que fuera declarado tal al decidirse un conflicto de competencia, siempre que para la decisión del conflicto se hayan tomado en cuenta todos los jueces que podrían ser llamados a conocer, situación que no ocurrió en este caso; o creando en la decisión del conflicto no se haya incurrido en un error inexcusable en las normas sobre competencia.”*

(Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 144 del 24/03/2000) (Resaltado nuestro)

2.3.2. El acatamiento Legal. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el título que dedica a las disposiciones fundamentales, establece – o reafirma – los principios que deben orientar la actuación de los jueces contencioso administrativo, asumiendo, entre otros, la imparcialidad, la autonomía y la independencia. Textualmente el artículo 2 establece:

“Artículo 2. Principios.- Los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, orientarán su actuación por los principios de justicia gratuita, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad e inmediación”.

La ley no establece regulación o norma alguna en cuanto a los concursos para optar a los cargos de Juez, ni se refiere a la carrera judicial o a la estabilidad. Sin embargo aquello no puede considerarse un vacío, y por el contrario es simplemente consecuencia de que estas materias hacen el objeto – o deben hacerlo – de estipulaciones comunes a todo el Poder Judicial (vg. la Ley de Carrera Judicial⁵² y el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana⁵³).

Por otra parte hay que observar que la Ley establece algunas garantías estructurales (o si se prefiere, orgánicas) para favorecer la imparcialidad, la autonomía y la independencia de los jueces.

(a) En efecto, la Ley hace que los tribunales que ocupan los escaños más bajos de la organización, y que en principio llamados a conocer en primer resorte de las acciones judiciales (aun cuando no necesariamente, toda vez que en el contencioso la distribución de la competencia se continúa haciendo atendiendo – primordialmente - a la entidad del ente administrativo que se juzga), esto es los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sean *unipersonales* (artículos 21 y 19). En tanto a que dispone que los tribunales de mayor jerarquía en la organización, en principio llamados a operar como jueces de alzada o incluso de casación (aun cuando esto no es necesariamente así, pues como hemos dicho un poco más arriba, uno de los criterios de atribución de competencia responde a la identidad del órgano al que se enjuicia, y además, sucede que la casación administrativa o jurisdicción ha sido anulada por la Sala Constitucional), los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sean colegiados, es decir, integrados por

⁵² GO. Extraordinaria Nro. 5.262 del 11/09/1998

⁵³ GO. Nro. 39.236 del 06/08/2009 reformado parcialmente mediante la GO. Nro. 39.493 del 23/08/2010

varios jueces (artículo 16 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

El Legislador venezolano (haciendo suya una experiencia universal) entiende que la colegialidad redundante en la calidad de las decisiones judiciales, fomenta la discusión y la revisión, y ayuda a contrarrestar – aun cuando no garantiza – ataques a la autonomía, a la imparcialidad o a la independencia de los tribunales de mayor jerarquía judicial.

(b) La ley además ha dispuesto un sistema de “requisitos” para los cargos en los que se exige a todos los candidatos a juez contencioso administrativo (y con independencia a la jerarquía del tribunal de que se trate) conocimientos en las especialidades jurídicas ligadas al *derecho público* (requisito un poco demasiado amplio, en tanto que el Derecho Penal, el Derecho Procesal o el Derecho Internacional Público, son, hay que recordarlo, ramas del Derecho Público, que, no obstante, resultan de poca utilidad a un juez de lo contencioso administrativo). Además, según se trate de posiciones más altas en el escalafón judicial, los requisitos ligados a la especialización y la experiencia, y el dominio, en general, del área ligada al derecho administrativo (que es en definitiva la especialidad con la que estos jueces deben tratar) se vuelven más exigentes.

Así para optar al cargo de Juez de los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se requiere haberse graduado de abogado con por lo menos cinco (5) años de antelación y contar con un título universitario de post grado en el área de derecho público (vale la salvedad hecha antes a este respecto), o haber desempeñado funciones en el área jurídica o de gestión en la Administración Pública por un mínimo de tres (3) años. Además se le exige ser o haber sido profesor universitario en el área del derecho público, durante un período mínimo de tres (3) años; o haber desempeñado funciones en órganos del Estado pertenecientes al sistema de justicia administrativa vinculados al derecho público, por un mínimo de tres (3) años (artículo 22).

Para optar al cargo de Juez de los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se requiere haberse graduado de abogado con por lo menos diez (10) años de antelación y contar con un título universitario de post grado en el área de derecho público (vale la salvedad hecha antes a este respecto), o haber desempeñado funciones en el área jurídica o de gestión en la Administración Pública por un mínimo de cinco (5) años. Además se le exige ser o haber sido profesor universitario en el área del derecho público, durante un período mínimo de cinco (5) años; o haber desempeñado funciones de Juez contencioso administrativo o *“haber desempeñado funciones en órganos del Estado pertenecientes al sistema de justicia administrativa vinculados al derecho público”* (sea lo que sea que esto último signifique), por un mínimo de cinco (5) años (artículo 20).

Para optar al cargo de Juez de los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se requiere haberse graduado de abogado con por lo menos doce (12) años de antelación y contar con un título universitario de post grado en el área de derecho

público (vale la salvedad hecha antes a este respecto), o haber desempeñado funciones en el área jurídica o de gestión en la Administración Pública por un mínimo de siete (7) años. Además se le exige ser o haber sido profesor universitario en el área del derecho público, durante un período mínimo de siete (7) años; o haber desempeñado funciones de Juez contencioso administrativo o “haber desempeñado funciones en órganos del Estado pertenecientes al sistema de justicia administrativa vinculados al derecho público” (sea lo que sea que esto último signifique), por un mínimo de siete (7) años (artículo 17).

Los requisitos para ser Magistrado de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no están listados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sino en la Constitución venezolana de 1999 y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

Para ser magistrado de la Sala Político Administrativa la Constitución exige como requisitos:

“Artículo 263.- Para ser magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia se requiere:

- 1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento, y no poseer otra nacionalidad.*
- 2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad.*
- 3. Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.*
- 4. Cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley”.*

A su turno, la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 37, repite y agrega algunos requisitos, y además incorpora algunas prohibiciones o incompatibilidades, del modo siguiente:

“Artículo 37.- Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 263 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para ser Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, el aspirante deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- 1. Ser ciudadano o ciudadana de conducta ética y moral intachables.*
- 2. Ser abogado o abogada de reconocida honorabilidad y competencia.*
- 3. Estar en plena capacidad mental.*
- 4. No haber sido condenado penalmente mediante sentencia definitivamente firme ni haber sido sancionado por responsabilidad administrativa de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, mediante acto administrativo definitivamente firme.*

5. *Renunciar a cualquier militancia político-partidista, y no tener vínculo, hasta el segundo grado de consanguinidad o el tercer grado de afinidad, con los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, con el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo de la República o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional, el Fiscal o la Fiscal General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo, del Defensor o Defensora Público General, el Contralor o Contralora General de la República, los Rectores del Consejo Nacional Electoral y el Procurador o Procuradora General de la República.*

6. *No estar unido por matrimonio ni mantener unión estable de hecho con alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia.*

7. *No realizar alguna actividad incompatible con las funciones y atribuciones de los Magistrados o Magistradas de conformidad con la ley.*

8. *Tener título universitario de especialización, maestría o doctorado en el área de ciencia jurídica.*

Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia son responsables personalmente por los delitos o faltas que cometan con ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar de conformidad con la ley”.

2.3.3. Primer Problema: El sometimiento de las demandas ejercidas contra particulares a la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y el peligro de agravio al “Derecho al Juez Natural”. Al establecer las competencias que corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa desarrolla los contenidos del artículo 259 de la Constitución. Sin embargo en la enumeración que hace esa norma legal de las competencias que corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su ordinal 9, incluye una que – a primera vista – parece exceder lo que señala la Constitución. En efecto, esa norma le atribuye a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de las pretensiones “*de contenido administrativo*” que cualquier ente administrativo ejerza contra un particular⁵⁴.

Si bien está sola afirmación podría llevar a la insólita y por demás inconstitucional conclusión de que la materia contencioso administrativa alcanza, además, a cualquier pretensión que una administración plantee contra cualquier particular en vía judicial, esto no sería más que una conclusión apresurada, que se desvanece si se lee con atención el

⁵⁴ Esta disposición tiene su antecedente en los criterios sostenidos en dos (2) decisiones de la Sala Político Administrativa (las sentencias Nro. 1900 de 27/10/04 y Nro. 2271 de 24/11/04) dictadas durante la vigencia de la LOCSJ 2004, que como se recordará, no regulaba en modo alguno la competencia de los tribunales del orden contencioso administrativo. Y vale la pena observar que las decisiones no explican la razón que justifica **trastocar** de este modo y en estos casos el derecho al Juez Natural de quienes resultan demandados por la administración, más aún, cuando en ese momento no existía texto legal que permitiera ese proceder.

señalado ordinal y se le compagina con los contenidos del derecho al Juez Natural (a que se refiere el artículo 49 CR⁵⁵).

En efecto, su parte final parece asegurar la corrección jurídica de esta norma, pues claramente señala que se trata de asuntos en los que estos entes planteen pretensiones de derecho administrativo, que no podrían, por eso, ser de conocimiento de otro juez distinto al que posee las competencias contencioso administrativas.

Así, entra en el ámbito del contencioso administrativo la actividad de los particulares cuando esa actividad es expresión de una función administrativa, vg. cuando se trata de actos de autoridad o las actuaciones de un concesionario que ejecuta una obra o servicio público.

Fuera de estos casos, por imperio del principio constitucional del Juez Natural (artículo 49 ordinal 4, CR) las demandas que pueda plantear la Administración Pública contra un particular, son de la competencia de los jueces civiles o mercantiles, según sea el caso, y por tales jueces deben ser resueltas, so peligro de violación al Derecho al Juez Natural de los justiciables.

2.3.4. Segundo Problema: La falta de creación de los Juzgados de Municipio Contencioso Administrativos (suplantados por los Juzgados de Municipio con competencias Civiles por orden de una disposición transitoria de la Ley) y los Juzgados Nacionales Contencioso Administrativos (suplantados por las Cortes de lo Contencioso Administrativo por disposición de la jurisprudencia).

(a) El caso de los Juzgados de Municipio Contencioso Administrativos. Los artículos 11 y 21 de la Ley se refieren a los Juzgados de Municipio Contencioso Administrativo a los que se asignan competencias en materia de conocimiento de las acciones por la prestación de servicios públicos. Sin embargo la disposición Transitoria Sexta de la Ley señala, de modo genérico y sin límite en el tiempo, que hasta tanto no sean creados y provistos los tribunales de municipio contencioso administrativos, sus funciones las ejercerán los tribunales de municipio en materia civil.

Esta disposición, que podría parecer sabia o de equidad, es, por el contrario, una norma vergonzosa.

⁵⁵ Debe tenerse presente que en esta materia y desde tiempos de la vigencia de la LOCSJ 1976, la garantía del Juez Natural suponía (y debe seguir suponiendo, merced del principio de progresividad de los derechos humanos a que se contrae el artículo 19 CR) que las demandas que emprendiera la administración en contra de los particulares quedaran excluidas del conocimiento de los jueces del contencioso administrativo y por el contrario quedaran en manos de los jueces civiles o mercantiles. En efecto, disponía el artículo 183 de la ley referida: *“Artículo 183. Los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia, en sus respectivas Circunscripciones Judiciales: (...) 2.- De las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares. (...)”*.

En efecto, de una parte, demuestra la poca importancia que da el Legislador a la competencia contencioso administrativa como especialidad material que requiere de jueces especialmente formados, pues se conforma con asignarle –a los ya muy atareados jueces de municipio civiles– las competencias que deberían asumir los tribunales de municipio contencioso administrativos.

De otra parte, al no poner apremio –un plazo para que se proceda a crear efectivamente los tribunales de Municipio Contencioso Administrativos– asegura que estos, en la práctica, jamás se implementen (la prueba es que hoy, pasados cinco años de la publicación de la ley, no se piensa, ni se discute, ni se ha hecho nada, en torno a la creación de estos tribunales). Ciertamente, esta disposición es un seguro para la ineficacia de las disposiciones de la ley.

Y en todo caso esa disposición revela un agravio al contenido del Derecho al Juez Natural, en tanto que según la propia Ley, los jueces de municipio competentes para conocer los asuntos contencioso administrativos son aquellos que cumplan con las características a las que se refiere el artículo 22 (que establece, entre otros, los requisitos de formación que deben tener esos jueces), y los Jueces de Municipio con competencias en materia Civil no necesariamente cumplen con tales extremos.

(b) El caso de Juzgados Nacionales Contencioso Administrativos. Desde la publicación de la Ley –en realidad desde enero de 2011, merced de la Disposición Final Única de la Ley– las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo dejaron de existir, y en su lugar (a pesar de la resistencia al cambio de nombre que demuestran estos tribunales, que a cinco años de entrada en vigencia la ley aún se identifican como “Corte Primera” y “Corte Segunda”) funcionan los Juzgados Nacionales Contencioso Administrativos de la Región Capital, con competencias territoriales para las causas vinculadas a esa región exclusivamente, y por imperio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley.

Y el caso es que, a pesar de tener ya cinco (5) años de vigencia la Ley, y más de cuatro (4) años las disposiciones relacionadas con la organización de los órganos –tribunales- de lo contencioso administrativo, los Juzgados Nacionales Contencioso Administrativos de las Regiones Nor-oriental y Centro-occidental, no han sido creados.

Así, las competencias que a estos importantes órganos corresponden se encuentran, actualmente, huérfanas.

Este vacío –que insistimos, existe desde enero de 2011, y por el que todas las decisiones dictadas por las llamadas “Cortes” referidas a asuntos atinentes a las Regiones Nor-oriental y Centro-Occidental son ilegales por haber sido pronunciadas por tribunales incompetentes- podría entenderse resuelto por la disposición transitoria segunda que textualmente prevé la posibilidad de que el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de la Sala Político-Administrativa, DIFIERA *“la aplicación de la presente Ley; en las circunscripciones judiciales donde no existan las condiciones indispensables para su puesta en práctica”*.

No obstante, esto no sería posible, pues esa disposición no resulta aplicable, de una parte, debido a que no se trata de que “no existan las condiciones”, se trata de que el poder judicial no ha provisto la creación de estos tribunales, y de otra parte, debido a que no se trataría del diferimiento de la aplicación de la ley, sino de parte de ella. Así, mal podría invocarse este dudosamente constitucional mecanismo de dejar en manos de los órganos judiciales la decisión de la entrada en vigencia de una ley, pues, no se encuentran llenos sus extremos.

Hay que señalar que ante esta injustificable omisión, la Sala Político Administrativa ha intentado resolver problema, declarando, en una sentencia, que la estructura organizativa previa a la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “se mantiene” (sea lo que sea que eso significa). En efecto, en sentencia Nro. 0429 de fecha 03/05/12, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dispuso que:

*“(…) Ahora bien, cabe resaltar que **aún no se han creado los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por lo que se mantiene la estructura orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, la cual se encuentra conformada de la siguiente manera: i) Sala Político-Administrativa; ii) Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo; y iii) Juzgados Superiores Regionales de lo Contencioso Administrativo; (...)”.*

Pero el problema permanece incólume: aun cuando se *constate* que la *estructura* de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sigue siendo (en la práctica) la misma, esta constatación no sirve para dejar sin efecto las previsiones de la Ley, ni resuelve el vacío competencial ocasionado por la omisión de crear los Juzgados Nacionales de las Regiones Oriental y Occidental (responsabilidad del Estado Venezolano), ni legitima las decisiones que los Juzgados Nacionales Contencioso Administrativos de la Región Capital han tomado indebidamente en asuntos para los que no tienen competencia territorial.

2.3.5. Tercer Problema: La situación de la autonomía e independencia de los Tribunales Contencioso Administrativos⁵⁶. Pese a lo que tanto la Constitución como la Ley se han empeñado en establecer, el cumplimiento de los mandatos y postulados ligados a la

⁵⁶ Sobre la situación de la autonomía y la independencia judicial se puede consultar, entre otros, a: BREWER, Allan R (Caracas 2012) Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela a doce años de vigencia de la Constitución de 1999. Colección Estado de Derecho, Serie Primera Tomo I. Edición Academia de Ciencias Políticas, FUNEDA, UNIMET y la Asociación Civil Acceso a la Justicia. p.p. 9-85; KIRIAKIDIS, Jorge (Caracas-2014) El Contencioso Administrativo del Siglo XXI en Venezuela (Teoría sobre las razones que explican la situación actual del Contencioso Administrativo en nuestro país), contenido en la obra colectiva XVII Jornadas Centenarias Internacionales. Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: Vigencia, Reforma e Innovación. Edición Academia de Ciencias Políticas, FUNEDA, UCAB y el Colegio de Abogados del Estado Carabobo. p.p. 425-451, y LOUZA, Laura (Caracas 2012) El Principio de Separación de Poderes en Venezuela y las nuevas leyes de “justicia”. Colección Estado de Derecho, Serie Primera Tomo IX. Edición Academia de Ciencias Políticas, FUNEDA, UNIMET y la Asociación Civil Acceso a la Justicia. p.p. 45-87

autonomía e independencia del Poder Judicial, en general, y del contencioso administrativo, en particular, no parece haberse logrado aún.

(a) Comencemos por señalar que en quince (15) años de vigencia de la Constitución de 1999, prácticamente no se ha llamado a concurso la provisión de los cargos de Juez. Y la realidad es que las plazas de jueces en general han sido provistas (ocupadas) por profesionales que no han pasado por un concurso y carecen de estabilidad (y por ello son removibles sin que haga falta trámite de proceso contradictorio alguno) a los que se denomina jueces *temporales, accidentales, provisorios e itinerantes*⁵⁷. Sobre esto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de 2013, en la sección que dedica a Venezuela dentro del capítulo en el que aborda la situación de los Derechos Humanos en el continente, señaló:

“632. La Comisión (...) ha expresado preocupación (...) en particular los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el alegado incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución. Particularmente, en su Informe Anual de 2012 la CIDH destacó que de un total de 2002 tribunales o juzgados con 2.950 jueces, sólo 775 eran titulares y los jueces restantes se encontraban asignados a cargos temporales, accidentales, suplencia especial y en mayor número de forma provisoria”⁵⁸.

(b) Por otro lado, solo se conformó – a pesar de que la Constitución ordenó en 1999 su creación – en el año 2011. Hasta entonces – esto es entre 1999 y 2011 – esa función la asumió provisional, irregular y prolongadamente una Comisión ad hoc irregularmente creada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999. Pero en el año 2011, se dicta la Ley del Código de Ética del Juez cuyas disposiciones – finalmente – asumen la conformación de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, integrada por una Corte Disciplinaria Judicial y un Tribunal Disciplinario Judicial.

Sin embargo, poco ha cambiado, sustancialmente debido a que:

En primer lugar, conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley del Código de Ética del Juez, será la Asamblea Nacional la que designe a los Jueces de esta Jurisdicción (lo que constituye un atentado a lo dispuesto por el artículo 255 de la Constitución de 1999). Así, se limita la autonomía e independencia de esta jurisdicción (y de manera indirecta la del Poder Judicial entero) pues – merced de esta forma de nombramiento – aquella habrá de funcionar como un órgano que responde a los intereses de la mayoría política de la

⁵⁷ Todas estas categorías tienen en común que (i) su nombramiento se hace **sin concurso** (ii) no gozan de estabilidad en el ejercicio de sus cargos, y en consecuencia; (iii) son susceptibles de remoción sin necesidad de causa justificada o trámite de procedimiento disciplinario alguno (es decir sin debido proceso o derecho a la defensa).

⁵⁸ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2013 tomado de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap4-Venezuela.pdf>

Asamblea Nacional. Esto último en contravención a lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución de 1999.

En segundo lugar, una de las pocas regulaciones en favor de la estabilidad y la independencia que contenía esta la Ley del Código de Ética del Juez (extender a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios la garantía de la estabilidad y la necesaria tramitación del procedimiento disciplinario para separarles de sus cargos) fue *suspendida* por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 516 de fecha 7 de mayo de 2013⁵⁹. Y vale la pena señalar que esa medida la tomó la Sala **de oficio**, es decir, sin que nadie se lo hubiera solicitado

(c) En adición, hay que recordar lo que en el año 2003 ocurrió con la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (asunto que ha hecho el objeto de una condena en contra de Venezuela pronunciada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos⁶⁰) por haber fallado en contra de una decisión políticamente sensible del Ejecutivo Nacional.

En efecto, en fecha 21 de agosto de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó una medida cautelar suspendiendo la ejecución de un programa de contratación pública de médicos extranjeros no habilitados para ejercer la Medicina en el país (la profesión médica es en Venezuela una profesión cuyo ejercicio requiere de colegiación), para programas sociales de atención médica; medida que se dictó a solicitud del Colegio de Médicos de Caracas que alegaba discriminación contra los médicos licenciados en Venezuela⁶¹.

La respuesta del Gobierno Nacional frente a esa medida cautelar de suspensión de efectos dictada por la mencionada Corte, consistió en: (i) anunciar públicamente que dicha medida no sería acatada⁶² (lo que en derecho venezolano constituye el delito de desacato, por el que recientemente el Tribunal Supremo de Justicia ha hecho apresar a alcaldes de un partido opositor al Gobierno); (ii) allanar con la fuerza policial la sede del tribunal; (iii) destituir a todos los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y; (iv) la clausura de dicho tribunal por un período de once meses. Vale resaltar que, para ese momento, esa era la única Corte competente para conocer de actuaciones de los entes con competencia nacional distinto a las altas autoridades (es decir, distintos al Presidente de la República, los Ministros, el Procurador General de la República, el Contralor General de la República, y los Directores del Consejo Nacional Electoral). Así, por casi un año, los

⁵⁹ Consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html>.

⁶⁰ Decisión de la Corte IDH de fecha 05 de agosto de 2008 que se puede consultar en el enlace <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>

⁶¹ Véase Claudia Nikken, "El caso "Barrio Adentro": La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos" en *Revista de Derecho Público*, No 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 y ss.

⁶² "Váyanse con su decisión...no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren (...)" afirmación hecha por el entonces presidente de la República en el programa *Aló Presidente*, N° 161, de fecha 24 de agosto de 2004.

ciudadanos se vieron en la situación de que no existía un tribunal competente para conocer de sus pretensiones contra entes con competencia nacional, salvo que se tratara de altas autoridades.

El caso fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en fecha 05 de agosto de 2008 sentenció condenando al Estado venezolano por la violación de las garantías judiciales de los Magistrados⁶³. En esa decisión la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Venezuela a: (i) reintegrar a los demandantes Ana María Ruggeri Cova, Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras en el Poder Judicial y (ii) indemnizar a los demandantes.

Sin embargo, el Estado Venezolano decidió no acatar el fallo de la Corte Interamericana, en tanto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a solicitud del Procurador General, declaró que las decisiones de la Corte Interamericana son inejecutables en Venezuela, y exhortó al Poder Ejecutivo a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁴.

Así, pese a las correctas previsiones que en este sentido establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (a las que, en todo caso no les vendría mal alguna disposición que recordara que los jueces deben proveer sus plazas por “concurso”) es imposible dejar de observar que, de quince años de vigencia de la Constitución y casi cinco de vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lugar de convocarse a concursos, reconocerse la estabilidad y diseñar y establecer una *justicia disciplinaria* que respete todos los postulados de la defensa y el debido proceso, lo que hemos presenciado es la más absoluta ausencia de concursos, la provisión de cargos de juez *a dedo* con funcionarios judiciales de carácter *temporal o provisorio*, el desconocimiento de la estabilidad, y el uso frecuente de las destituciones sin formula de procedimiento (debido al carácter provisorio de los jueces con los que se han provisto la mayoría de los cargos de juez). Y además hemos visto (esto antes de la Ley hay que decirlo) como a uno de los más importantes tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, le desacataron un fallo y lo clausuraron por casi un año, por el solo hecho de haber tomado una decisión contraria a los intereses del Ejecutivo, sin que esto haya acarreado más consecuencias que las que sufrieron los Magistrados “destituidos” o el pronunciamiento de la Corte Interamericana (que no ha sido acatado).

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, del 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C .172.

⁶⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional, sentencia No 1.939 de 18-12-2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en *Revista de Derecho Público*, No. 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 89-106. También en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html> .

Todo esto no nos permite más que concluir que no existe en el poder judicial venezolano – por lo menos a nivel de la comprensión constitucional del tema – la independencia y autonomía constitucional que requiere el Debido Proceso.

BALANCE

Hemos dado una mirada a algunos aspectos en como las notas definitorias del proceso debido se expresan o dejan de expresarse en el contencioso administrativo en Venezuela.

Decir que todo está mal, es, seguramente, tan apartado de la realidad como afirmar que todo está bien y no hay problemas.

Sin dudas la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es un paso en la dirección correcta, en tanto que, finalmente, se le ha dado a esta especialidad una autonomía regulatoria que reclamaba, por lo menos, desde la instauración de la Democracia y luego de la aprobación de la Constitución de 1961. Además es un avance, si se considera que el antecedente regulatorio inmediato del contencioso administrativo se encontraba en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que – hay que recordarlo – es seguramente una de las peores leyes que haya podido aprobarse en la historia de Venezuela. Hay además, en las normas procesales de la Ley, importantes avances y algunos *intentos*, que si bien no logran el cometido constitucional, revelan una preocupación regulatoria que, merece, por lo menos, un premio por el esfuerzo.

Pero aún hay mucho trecho entre lo que ordena la Constitución, en términos de definición de proceso debido, y lo que ha hecho el Legislador o la jurisprudencia con el Contencioso Administrativo.

Hay puntuales problemas ligados a la uniformidad, eficacia y oralidad de los procesos. También hemos observado falencias en lo atinente al acatamiento a las garantías del juez natural, la presunción de inocencia y el acceso a los recursos, que requieren de desarrollos normativos urgentes o ajustes jurisprudenciales.

En estas notas hemos querido poner de manifiesto los problemas más evidentes, y que, en nuestra opinión, merecen atención, si de lo que se trata es de respetar los derechos fundamentales y cumplir con los mandatos constitucionales.

Es encomiable que exista el contencioso administrativo, pero de nada sirve si no se dedica a su función, controlar a la Administración y asegurar los derechos de los justiciables. No se trata, de hacer una defensa a ultranza de los derechos de los administrados, se trata de entender que la función correctiva de la jurisprudencia tiende a depurar el sistema y mejorar el funcionamiento de la Administración, y con ello, el del Estado. Se trata de entender que justicia administrativa tiene las mismas funciones que tiene en la naturaleza la *selección natural*. En definitiva, si quien controla hace bien su trabajo, el controlado no tendrá más remedio que hacer el suyo bien.

Así, el acatamiento y la defensa de la Constitución son la garantía de una sociedad en paz y que funcione.

Por eso la última garantía del Estado Social está en manos de los jueces contencioso Administrativos.