

REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL CONTENCIOSO. ¿SE PUEDE MANTENER SUS FUNDAMENTOS ORIGINARIOS?

José Gregorio Silva Bocaney

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela
y de la Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: El trabajo trata acerca de los movimientos que contribuyeron a construir el fundamento de las nociones de Estado de Derecho y régimen administrativo, previo a los movimientos revolucionarios y los aportes de las revoluciones norteamericana y francesa, para centrarnos en el nacimiento del contencioso en Venezuela, para posteriormente revisar si los fundamentos que sirvieron de base a tales movimientos, especialmente al francés, se mantienen en la actualidad.

Palabras clave: Contencioso administrativo. Control. Abuso. Absolutismo. Estado de derecho.

Summary: The paper deals with the movements that contributed to build the foundation of the notions of Rule of Law and administrative regime, prior to the revolutionary movements and the contributions of the North American and French revolutions, to focus on the birth of the dispute in Venezuela, for later review if the foundations that served as base to such movements, especially to the French, stay in the actuality.

Key words: Contentious-Administrative Jurisdiction. Control. Abuse. Absolutism. Rule of Law.

Recibido: 26 de mayo de 2018 Aceptado: 28 de agosto de 2018

SUMARIO

- I. Introducción
- II. De los antecedentes revolucionarios y su aporte al contencioso administrativo
- III. Del contencioso administrativo
- IV. Del contencioso administrativo en Venezuela
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Los Estados que han adoptado el régimen administrativo que deviene del legado francés y su revolución, lo han hecho manteniendo cada uno sus características propias, de lo cual no escapa Venezuela.

El mismo caso del Estado francés, cuya aparición de la jurisdicción contencioso nace independiente del orden judicial adentrado en el seno de la Administración, buscando sustraer todas las controversias administrativas del juez común, termina siendo independiente de la Administración activa, y que tal como nos señaló el profesor Moles Caubet¹, *“Sin embargo, en Venezuela no tuvo lugar ninguna recepción del sistema francés, ni ratio imperii como sucedió en Italia, ni imperio ratio, como en tantos otros países. Los fundamentos fueron distintos y el desenvolvimiento se produjo de diferente manera”*.

No cabe duda que la idea del control nace de la concepción de la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa, imponiendo dos modelos absolutamente diferentes, cuyos fundamentos y justificación nos fue legado, y acogimos dichos fundamentos principalmente de la Francesa, siendo que corresponde revisar si el fundamento que permitió surgir en Francia,

1 Antonio Moles Caubet. “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho comparado”. *Contencioso administrativo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1989, págs. 9 y 10.

un sistema como el contencioso administrativo, se mantiene o si se justifica que se mantenga y si dicho fundamento soporta el contencioso en Venezuela. Para ello, vamos a partir someramente de una comparación entre el origen y evolución del Contencioso, tanto en Francia y en Venezuela, para de esta manera, tratar de llegar a nuestras conclusiones.

II. DE LOS ANTECEDENTES REVOLUCIONARIOS Y SU APORTE AL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Si tomamos en consideración los caracteres de la jurisdicción contencioso administrativa que nos señala Moles Caubet en el trabajo citado, su nombre indica una controversia con la Administración, que se produce entre partes paritarias “*aun cuando una de ellas sea la administración, y decidida por un organismo del Estado, independiente y neutro*”, quien determinará las consecuencias de la actuación sometida a su control y restableciendo el orden perturbado, bien sea ejercida por un Consejo de Estado, un tribunal de orden judicial o un tribunal especial; sin embargo, debemos agregar un elemento teleológico, consistente en la intención de la necesaria restitución de la actuación de la Administración a un cauce debido.

De allí, que no toda forma de control del Estado, constituye una manifestación o antecedente del contencioso administrativo

1. De las revoluciones de los siglos XVII, XVIII y XIX

A. *Antecedentes pre revolucionarios*

De este periodo debemos resaltar las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana, sin obviar los antecedentes de 1215 y la carta Magna, que en definitiva hicieron importantes aportes a la noción del Estado de Derecho, que tal como lo indica el

José Valentín González² se caracterizó por (i) el reconocimiento de unos derechos inherentes a los individuos que son previos a la existencia del Estado y que constituyen esferas inmunes a su actuación (ii) el sometimiento del Estado al derecho (iii) la existencia de tribunales autónomos e independientes capaces de proteger esos derechos ante las actuaciones ilegales del Estado (iv) la separación y autonomía de los poderes públicos (v) la despersonalización del poder y (vi) la separación entre Estado y Sociedad.

En el hilo argumentativo que viene al caso, debemos traer a colación lo referente a las Cortes de León de 1188, donde la necesidad de ingresos, producto del gasto dispendioso y la guerra con Portugal y Castilla para la Corona impone la creación de nuevos y arbitrarios impuestos que generan un alza de precios y un clima que podríamos definir hoy día como de conflicto social, que se apacigua con la convocatoria de la Curia Regia (equivalente a los Estados Generales en la Francia del Antiguo Régimen), ante lo cual, se exige regular los gastos. La clase ciudadana demanda una contrapartida como también regular el gasto de la corona a través de los representantes de las principales ciudades designados por elección, en lo que es considerado como ejemplo del parlamentarismo moderno en la historia de la Europa occidental, tal como ha sido reconocido por la Unesco, siendo que igualmente se consiguen especiales avances de normas que buscaban proteger a los ciudadanos contra el abuso de poder por parte de los nobles, clero o del rey, poniendo cotos tan importantes, como los de su principal sucesor histórico, como lo es la Carta Magna, promulgando nuevas leyes destinadas a proteger a los ciudadanos y a sus bienes contra los abusos y arbitrariedades del Poder, constituyendo los primeros pasos de exigencia de sujeción del poder a la ley.

2 José Valentín González. *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*. <http://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf> (11/05/2018)

Este importante conjunto de decretos ha sido calificado con el nombre de «Carta Magna Leonesa», donde se garantiza un debido proceso, reconocimiento y respeto a la propiedad privada, el sometimiento del Rey al Consejo e incluso, nociones propias de lo que conocemos como responsabilidad del Estado.

Por su parte, poco tiempo después nos encontramos con el escenario donde Inglaterra nos presenta su gran aporte, en un momento histórico marcado por el evidente abuso por parte del Rey Juan, quien sistemáticamente violaba las tradiciones sobre las cuales se había gobernado históricamente el reino anglosajón. No se trató propiamente de una revolución, pero poco se llegó a ello, toda vez que el descontento sólo mermó ante la imposición al Rey Juan a firmar la Carta Magna, que consolida un sistema parlamentario de avanzada, la limitación del Poder por ese parlamento y el reconocimiento de derechos como el habeas corpus y la libertad de culto, aportando un adecuado equilibrio entre el poder del rey y el parlamento.

En el primero de los casos (carta Leonesa), su germen es producto de un descontento; mas, la inteligencia y habilidad de un joven gobernante, ante las intrigas que lo rodeaban, supo ganarse el afecto de quienes podrían ayudar a dar la cara y la vida en defensa del trono, siendo que se trató más de un desprendimiento voluntario de poder por el rey; mientras el segundo fue producto, igualmente en un clima de malestar, de la necesidad de claudicar por parte del rey Juan a sus caprichosas posiciones y ceder forzosamente parte del poder, aceptando un control externo del trono, pues, sencillamente, tenía en juego el cuello. Sin embargo, pasa a la historia como antecedente necesario de lo que serían las constituciones modernas, siendo que a lo largo de sus 63 artículos aseguraba derechos a los señores feudales limitando el poder del rey, independencia de la iglesia frente al gobierno, el derecho de todos los ciudadanos libres de poseer y heredar bienes, imponiendo igualmente disposiciones sobre el buen gobierno y desempeño de sus funcionarios, soberano y el sometimiento a un consejo

parlamentario que necesariamente implican importantes limitaciones a lo que se entendía era un poder.

Dicho documento se adereza con la Declaración de Derechos o *Bill of Rights* de febrero de 1689, de Inglaterra que regula las obligaciones y los deberes respectivos del Rey y el Parlamento y se complementa con la *Toleration Act* o Ley de Tolerancia en mayo de 1689, que concede libertad religiosa a los católicos y protestantes, la libertad de culto público, el derecho a abrir escuelas y el acceso a todas las funciones públicas.

B. *De las revoluciones*

Las últimas décadas del siglo XVIII y primeras del siglo XIX fueron ricas en movimientos revolucionarios que aportaron no sólo la liberación de colonias ultramarinas europeas, al igual que se produjo dentro de la misma generación la Revolución Norteamericana y la Francesa, que si bien, por causas y finalidad distintas, se fraguó bajo similares principios, que significaron un invaluable aporte al mundo jurídico. Fijaron los fundamentos de lo que conocemos como Estado de Derecho.

Si bien es cierto, en cada uno de ambos países, los aportes siguieron su propio derrotero, encontramos muchos puntos comunes entre ambos.

a. *La Revolución en Estados Unidos de Norteamérica*

La Declaración de Derechos del Hombre, predecesores a la noción de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, nos lleva que al mes de iniciada la guerra de independencia, en Filadelfia se origina la primera constitución escrita de la era moderna, ratificada luego por el pueblo, en convenciones por cada estado con la cual por primera vez en la historia se adopta una forma de estado federal y se asientan los principios de Estado; separación de poderes; democracia; control del poder por la constitución y reconocimiento de dere-

chos y libertades ciudadanas; soberanía popular; control de la constitucionalidad e independencia de los jueces a través de la Suprema Corte. Se hace especial énfasis en la preponderancia que adquiere este órgano en defensa de las garantías, libertades y avances obtenidos, en especial, la noción de la Suprema Corte como garante e intérprete de la Constitución y el sistema presidencialista independiente del parlamento, entre otros grandes avances y aportes.

b. De la Revolución Francesa

Los aportes de la Revolución Francesa han sido tratados generosamente por nuestra doctrina y ampliamente conocidos; en especial, por quienes se han dedicado al Derecho Público; sin embargo, considero necesario realizar una breve mención:

1. La definición de un hombre nuevo (término acuñado por la revolución), estaba signada por la noción de sociedad, en que se modifica la intervención de factores que hasta ese momento estaban relegados en los sistemas monárquicos que reinaban en Europa, que se limitaba al reconocimiento a la realeza, nobleza y clero abonada por la declaración de derechos, de rango igualmente constitucional, que debían ser absolutamente respetados por el Estado.
2. El cambio en la noción de soberanía, que se traslada del rey a la noción de -verdadera- soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección, otorgando un nuevo papel al pueblo en general, y no limitado a los detentadores del Poder, amparado por la idea de la existencia de una Constitución, no solo como carta política, sino que representa verdaderos límites al poder y que organiza al Estado, frente al absoluto reconocimiento de derechos a los particulares y los valores que rigen como Nación.

3. La noción de Constitución, que en el mismo sentido que la Revolución Norteamericana, y sus antecedentes en la Carta Magna, Cartas Leonesa entre otros, que sentó el criterio de la supremacía y el carácter normativo de la Constitución y prevé el principio absoluto de separación de poderes, que se adereza con la separación del Estado de la Iglesia y del poder que ésta detentaba, agregando la supremacía del legislador y el respeto absoluto a la ley, estableciendo el “reino de la Ley”, concentrado en la noción de principio de legalidad, que somete la Administración a la Ley, entendiendo que el Rey gobierna por la fuerza de ésta, que a su vez gobierna al rey y le impone marcados y conocidos límites.

Modificación o reforma de la estructura territorial, donde se aparta del sistema centralista dominante que implica el gobierno por monarquía absoluta, cuyas autoridades menores no eran más que “comisarios” o encomendados de los reyes, donde evoluciona a nociones más propias de federalismo o municipalismo, reconociendo exclusivas competencias a dichos entes recién creados; pero por otra parte fortalece al poder central, como noción de Administración, que tal como lo indica el profesor Luis Ortiz³ “...se formaría estructuras hacia el centro, modernas, en las cuales se incorporaban funcionarios bañados de un nuevo y fuerte espíritu administrativo”.

Otro gran aporte lo constituye la noción del contencioso administrativo y el sometimiento de la Administración Pública y el Poder en general, no sólo al imperio de la ley, sino la posibilidad de juzgar los actos y las conductas de la Administración así como la concepción de la idea de responsabilidad del Estado, que tal como lo expresa el maestro Moles⁴:

3 Luis Ortiz Alvarez: *Revolución Francesa y justicia administrativa*. Colección Cuadernos N° 7, Editorial Sherwood, Caracas 2003

4 Antonio Moles Caubet: “El Principio de Legalidad y sus implicaciones”, revisado en la compilación realizada por Oswaldo Acosta-Hoenicka,

“Ha de comenzarse afirmando que el principio de legalidad, propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el Estado de régimen administrativo, cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos –bonapartismo, restauración y liberalismo– caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas.

1° Emerge una nueva rama del Derecho Público, el derecho administrativo, precisamente para regular la Administración Pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la Administración.

2° Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados ‘intereses legítimos’ que tanta relevancia llegan a adquirir en el derecho italiano, según se verá más adelante.

3° La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso administrativa, que asimismo corrige las irregularidades de la Administración constitutivas de ‘d’excés de pouvoir’, (recurso objetivo)

4° La Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas –aun cuando no constituyan actos ilícitos– con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa)”.

Son precisamente estos aportes los que han servido de cimientos para la noción de Estado de Derecho entre los que se incluyen el control del Estado en el denominado sistema contencioso administrativo.

Antonio Moles Caubet. *Estudios de derechos público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1997.

III. DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Aun cuando muchos autores tratan de encontrar nociones de justicia administrativa previas a la Revolución Francesa, que incluso se remontan en manifestaciones románicas, por la existencia de figuras similares al Consejo de Estado, con funciones administrativas, consultivas y jurisdiccionales, la falta de autonomía de dicho órganos, con un poder absolutamente concentrado en el Rey o en la propia Administración, trastoca la noción de efectividad que corresponde a la noción compleja de una verdadera justicia, amén que institucionalizar un órgano colegiado o un consejero, con o sin funciones jurisdiccionales, puede tener la intención permitir el ejercicio del poder de una mejor y efectiva manera, incluso a favor de los súbditos; más sin embargo, a mi entender, falta de intencionalidad de someter el Poder de manera efectiva a ese consejo. Por otra parte, la existencia o posibilidad de encontrar alguna acción aislada que pudiese ser ejercida contra el poder, en cualquiera de sus manifestaciones, tampoco –a mi entender– puede considerarse como antecedentes del contencioso, pues le falta nociones tales como: La intención de control; con la intención de resguardar derechos individuales; restableciendo situaciones; enmendando la actividad de la Administración; noción de sistema; buscando obtener una mejor administración o gobierno.

Conviene así revisar la cita de Bernard Stirn (*Le Conseil d'Etat*, París 1991) realizada por Luis Ortiz⁵ en el libro anteriormente citado que señala:

“Se habla así de que Augusto (63 ac/14 dc) es el padre lejano del Conseil d'Etat, toda vez de que en su reinado existía un consejo que tenía atribuciones administrativas (consilium o consistorium) y atribuciones jurisdiccionales (auditórium), consejo que luego sería reforzado por Adriano, emperador de 117 hasta 138. También en la Edad Media, se habla de la curia regia, la cual constituye

5 Luis Ortiz Alvarez. *Revolución Francesa y...* ob. cit., p. 110.

personajes cercanos al rey que lo ayudaban en el gobierno y en la justicia”.

Sin embargo, como se señala en el libro *Historia de Roma*⁶, el *conseil* de Augusto, era principalmente un comité de enlace entre el Emperador y el Senado para convertirse posteriormente, en manos de siguientes emperadores en un comité de amigos del emperador. Por otra parte, los citados autores critican que si bien es cierto, se toma este periodo con la gracia de que el emperador gobernaba democráticamente oyendo la petición y necesidades de sus súbditos, su incidencia real en la vida ordinaria era escasa, debido a que la capacidad de dar respuesta, según el análisis que hacen los autores basado en la información que se tiene, no llegaría a resolver o responder mil solicitudes por año, indicando que tuvo un efecto de trascendencia en la imagen pública del emperador mayor que el que le corresponde.

Por su parte, la evolución de la noción de control del Poder, pasa en sus antecedentes a los Consejos impuestos en Francia, previos a la Revolución (Antiguo Régimen), en la cual un Gran Consejo controlaba los asuntos donde otros órganos hubieren demostrado parcialidad, o las comisiones extraordinarias involucradas cada vez en asuntos públicos, pero cerrado a los litigios privados.

Ya en el último siglo de la monarquía francesa, el gobierno advertía en los edictos, que los posibles litigios en cuanto a su aplicación, serían conocidos por el Intendente, prohibiendo a los órganos ordinarios de justicia, conocer de los mismos, que tal como lo indicó Rene Chapus, citado por Ortiz Álvarez, se

6 Francisco Javier Lomas Salmonte y Pedro López Barja De Quiroga, *Historia de Roma*. Ediciones Akal, Madrid 2004. Revisado en versión parcial electrónica https://books.google.co.ve/books?id=MCpZmP85ZssC&pg=PA286&lpg=PA286&dq=augusto+emperador+consilium&source=bl&ots=Q9MkwMCqfS&sig=9VGUa9LO8EndxAj6ljBuQno7ahA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewiO__bFwYtBAhWRjVvKHYyHAI8Q6AEIKTAA#v=onepage&q=augusto%20emperador%20consilium&f=false14.05.18

trata de la línea de una tradición; sin embargo, tal como lo comenta Ortiz, esos antecedentes comunes o similares “...no permiten configurar una nítida base histórica para lo que hoy conocemos como *justicia administrativa*”⁷.

Así, aún la noción de sistema que ha de envolver la de justicia administrativa la encontramos en el Consejo de Estado francés desde su concepción en el Antiguo Régimen y la posibilidad que tenían las *comisiones* de ejecutar sus decisiones; más sin embargo, la exigencia de una efectiva imposición de la decisión que ha de recaer, para hacer cierta la noción de justicia no existe, por lo que tampoco dibuja como propio del contencioso.

No es sino a partir de la Revolución que se impone un sistema de autocontrol basado en el principio de separación de poderes, particularmente interpretado, de la cual deriva una prohibición al poder judicial para resolver litigios. Por su parte, las ideas revolucionarias, movieron los cimientos de lo que hasta ese momento implicaba el sistema judicial, especialmente con la Ley 16-24 de 1790, instaurando los siguiente principios y reglas⁸:

“la independencia de los magistrados; eliminación de la venalidad de los cargos judiciales, establecimiento de un sistema de elección y designación de los mismos, y exigencia de profesionalización; el principio de igualdad ante la justicia y la gratuidad; el principio de doble instancia y el derecho de apelación; principios de motivación de las decisiones judiciales; el jurado popular en materia criminal, organización de jurisdicciones o competencia territorial en conformidad con la nueva estructura territorial; simplificación de la organización judicial; la conciliación y el arbitraje; protección de los intereses privados y de los derechos de la persona humana; nuevas reglas de procedimiento penal; entre otros y, por supuesto,

7 Luis Ortiz Álvarez. *Revolución Francesa y justicia administrativa*, ob. cit., pp. 114 y 115.

8 Luis Ortiz Álvarez, *La revolución...*ob. cit., pp. 121.

el principio de separación del orden judicial y del orden administrativo.”

Posteriormente, durante el mandato de Napoleón Bonaparte se afianza la justicia administrativa; en primer lugar, con la incorporación del Consejo de Estado en la Constitución y la incorporación de una comisión de lo contencioso en el propio Consejo. Se incorporan otras reformas que consolidan el funcionamiento del Consejo de Estado, perfeccionando la participación tanto de los litigantes como de un ministerio público; sin embargo, pese a que va aumentando la independencia del tribunal administrativo, y sus decisiones eran seguidas y respetadas, aún se mantiene la noción de justicia retenida en manos del gobierno.

Con la Ley del 24 de mayo de 1872, se sustituye el sistema de justicia retenida en manos del Jefe de Estado, por un sistema que otorga al Consejo de Estado, potestades soberanas y propiamente jurisdiccionales, en lo que fue conocido como justicia delegada, cuyos rasgos distintivos se mantuvieron hasta 1963, siendo que a partir de esa fecha comienza la modernización en Francia del sistema, para adaptarlo a las nuevas necesidades y la forzosa adecuación a tendencias universales que se imponían sobre la materia, descartando de cierta manera ciertos pruritos que le anclaban desde los tiempos revolucionarios. Durante ese periodo se formó y transformó el Derecho Público, principalmente por vía jurisprudencial, no sólo en Francia, sino en la mayoría de los países de corte administrativo, de los cuales no escapó Venezuela.

Tal como lo indica el profesor Roland Drago⁹, la evolución de cerca de dos siglos del contencioso administrativo francés, contribuyó a elaborar una jurisprudencia que le permitió poner en evidencia los vicios del sistema administrativo, “*Por*

9 Roland Drago. “Un nuevo juez administrativo” en *Contencioso Administrativo. Primeras jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. FUNEDA; Caracas 1995.

esta razón, el papel del Consejo de Estado, especialmente bajo la Tercera República, ha permitido a Francia aumentar la extensión y los mecanismos del control como, para la época, ningún otro país habría sabido hacerlo, Pero ocurre hoy, como suele suceder a los precursores, que se ven aventajados por sus imitadores”.

Así, si revisamos algunos aportes de lo que se ha denominado sistema de justicia administrativa en los diferentes países, o por lo menos en los países que por antonomasia han servido de soporte o fundamento al criterio venezolano, tenemos al Francés y el Anglosajón, como creadores de la noción que permitió el paso del absolutismo, a la actividad controlada, o el caso español, donde tomando los principios de la Revolución Francesa se impone un contencioso judicializado reconocedora legal del proceso inter partes y de la posibilidad de revisión o fiscalización de la denominada *potestad discrecional*-tal como lo indica Garrido Falla¹⁰, con aportes de otros países en el perfeccionamiento del control, tal como sucedió en el caso venezolano y los contratos administrativos y otros de varios países; aportes estos que fueron producto de ese desarrollo principalmente jurisprudencial que ha sido propio del contencioso, lo cual permite a los diferentes sistemas, estar en constante evolución y perfeccionamiento. Se instituye entonces, una noción de justicia que no se limita a la aceptación de ciertas acciones de control, ni a la eventual existencia de algún tribunal especializado para conocer de la misma, sino en el establecimiento de un sistema complejo, el cual es definido por Fix Zamudio¹¹:

“Consideramos que en sentido estricto la justicia administrativa es un concepto mucho más amplio que los instrumentos procesales en sentido estricto, ya que abarca todas las instituciones jurídicas

10 Fernando Garrido Falla. “Ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativo en España” en *Contencioso Administrativo. Primeras jornadas...*, ob. cit...

11 Héctor Fix-Zamudio. *Concepto y contenido de la justicia administrativa*. Revisado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/10.pdf> 14.05.2018

establecidas para resolver las controversias que surgen entre los órganos administrativos y éstos con los particulares, pero también ante los organismos de jurisdicción de carácter administrativo, ya sea que estos últimos estén situados formalmente dentro de la esfera del Ejecutivo, o bien incorporados al Poder Judicial.

La distinción es conveniente, debido a que los mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos y los intereses jurídicos de los particulares frente a una administración pública cada vez más poderosa, son muy amplios y complejos y no se conocen en toda su extensión ni se analizan de manera suficiente, a pesar de su importancia en la vida contemporánea. Para no citar sino dos ejemplos evidentes, no siempre se comprenden dentro del concepto amplio de justicia administrativa los organismos no jurisdiccionales que siguen el modelo escandinavo del ombudsman, no obstante su desarrollo espectacular a partir de la segunda posguerra en la mayoría de los ordenamientos del mundo, ni tampoco se le otorga la debida atención necesaria a las leyes de procedimiento administrativo, que constituyen el antecedente necesario para la solución jurisdiccional, debido a la gran dispersión que muy frecuentemente se advierte en las leyes administrativas especiales que se han multiplicado en sentido geométrico, en especial en los últimos años...

Por tanto, en sentido propio, la justicia administrativa está constituida por un conjunto bastante amplio y crecientemente complejo de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados."

Así, la previsión legal de la posibilidad de control de conductas del Estado, gobierno o Administración, no contribuye *per se* a considerar la existencia de un contencioso, así como tampoco lo hace la existencia de tribunales especializados; sino que resulta necesario la noción de un sistema que com-

prenda unos y otros, así como el elemento teleológico de ese sistema, que conjugue por una parte, la intención de resolver la situación del particular, el respeto a situaciones subjetivas, y reorientar y ajustar la conducta de la Administración en los términos que la ley le impone, lo cual se fundamenta en la noción de jurisdicción que soporta el contencioso administrativo y exige el equilibrio entre derechos individuales y la necesidad de cubrir y satisfacer el interés general, dentro de un proceso que se rige por sus propios principios y que a diferencia del procesal ordinario, que no depende de ninguna disciplina *per se*, el contencioso nace, forma parte y depende del derecho Administrativo.

Por ello, resulta cuestionable pretender que el contencioso administrativo pueda o deba considerarse como formando parte del Derecho Procesal, o como una disciplina de éste, siendo que los que sostienen tal posición, pretenden una autonomía o escisión entre el contencioso y el Derecho Administrativo trasladándolo al Procesal. Por su parte, soy partidario de que el Contencioso Administrativo forma parte del Derecho Administrativo y por ende, una disciplina de éste, que resulta indisoluble y conforma una visión compleja que trasciende al proceso.

IV. DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Corresponde revisar las nociones del contencioso venezolano, entendiendo que independientemente del origen que pretendamos atribuirle, en lo cual hay posiciones encontradas de distintos autores, desde su nacimiento ha mantenido rasgos propios y en su "volución"¹² ha mutado. Por esa razón

12 Reconozco la inexistencia del término, al cual he hecho referencia en anteriores trabajos, sin embargo, lo que para algunos ha significado una evidente mejora, otros lo pueden considerar como graves e injustificados atrasos, incluso, el desconocimiento o destrucción de la institución

debemos partir de los inicios del Derecho Administrativo en Venezuela, para luego derivar en el contencioso, pues como se indicara anteriormente, no es posible escindir en el Derecho Administrativo, lo sustantivo de lo adjetivo, toda vez que el segundo nace del primero, lo sostiene, justifica su existencia y en especial lo protege, que forma un todo en la noción de “régimen administrativo”¹³.

-
- 13 Al respecto señala el Maestro Moles, en su trabajo del Principio de legalidad, ya identificado que:

“Ha de comenzarse afirmando que el principio de legalidad propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el Estado de régimen administrativo cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos –bonapartismo, restauración y liberalismo– caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas.

1º Emerge una nueva rama del Derecho Público, el Derecho Administrativo, precisamente para regular la administración pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la administración.

2º Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados ‘intereses legítimos’ que tanta relevancia llegan a adquirir en el Derecho Italiano, según se verá más adelante.

3º La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contenciosa administrativa, que asimismo corrige las irregularidades de la administración constitutivas ‘d’excés de pouvoir’ (recurso objetivo).

4º La Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas –aun cuando no constituyan actos ilícitos– con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa).

Este tipo estructural de Estado, el Estado de régimen administrativo tiene una amplia área geográfica pues comprende a Francia, Bélgica, Holanda, España, Portugal, Alemania, Austria, Suiza, Italia..., etc., y sobre todo los países Latinoamericanos. Claro está que, dentro de cuanto representa la unidad del tipo, existen también matices diferenciales e inclusive, no pocas formas irregulares.

Ahora bien, solamente ellos tienen establecido el principio de legalidad, o expresado, en otros términos: el principio de legalidad no es propio de todos los lugares como tampoco de todos los tiempos”

Así, Venezuela como República, nació bajo las influencias sobre el Derecho Público que marcaron las revoluciones, que tal como lo señala el profesor José Ignacio Hernández¹⁴:

“El proceso de emancipación iniciado en 1810 como un movimiento de adhesión a los derechos de «nuestro Rey» depuesto por el Gobierno intruso, dio paso a la introducción de principios de nuevo cuño, como la separación de poderes (reconocida ya en el reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810) y luego, finalmente, a nuestra total independencia en 1811. Desde entonces, la configuración del nuevo Derecho Público se basó en el principio de legalidad y consecuentemente el control judicial de todos los Poderes Públicos, con lo cual, como ha puesto en evidencia Allan R. Brewer-Carías, puede acusarse una influencia directa de los principios asentados por la Revolución Americana. No tanto, observamos, de la Revolución Francesa, pues faltó el elemento básico, la quinta esencia del Derecho administrativo de tal Revolución, cual es la dualidad de jurisdicciones a la cual se somete la administración y, como consecuencia de ello, la dualidad de regímenes jurídicos que le resultan aplicables”.

Señala posteriormente el profesor Hernández, en el trabajo citado que posteriormente, para 1944, se introduce la noción de contrato administrativo y caracterizó nuestro Derecho administrativo a semejanza del francés, con la particularidad (recalca el autor) que en Francia se caracteriza por la dualidad de jurisdicciones, mientras que en Venezuela se puede hablar de dualidad de regímenes, dualidad de figuras jurídicas, pero unidad de jurisdicción.

14 José Ignacio Hernández G. “Una Mirada al derecho administrativo en el centenario de su enseñanza”, en *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1090-2009*. Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2011.

Por su parte, el mismo autor sostiene en otro trabajo monográfico¹⁵ que:

“Por ello, cuando se sitúa el origen del Derecho administrativo en la Revolución Francesa, en realidad, se está identificando los orígenes del régimen administrativo, que es tan solo una de las variaciones del Derecho administrativo. Para los países que no adoptaron el régimen administrativo, por ello, la referencia a la Revolución Francesa tiene –a estos efectos– poca utilidad...”

Llegamos entonces a una conclusión fundamental: el presupuesto del Derecho administrativo es el Estado, o más precisamente, el Estado moderno, entendido como la forma más perfeccionada de la organización del poder único y unificador... Nuestra posición puede ser cuestionada pues entiende que existió un Derecho administrativo, incluso, en el Estado absoluto. Conscientes de lo relativo de esta conclusión, podemos afirmarla. El Estado absoluto conoció de un Derecho administrativo, simplemente, pues como Estado moderno contaba ya con una Administración, entendida como el “asiento del poder”, y sujeta a reglas básicas de funcionamiento. El advenimiento del Estado de Derecho reformuló hondamente esas reglas, de acuerdo con los principios del régimen representativo: división de poderes, principio de legalidad, supremacía de la Constitución y reconocimiento de derechos fundamentales, entre otros. La Administración modificó sus técnicas de actuación, asumió, en fin, nuevas conductas. Pero no se trató –se insiste en ello– de una nueva Administración. Allí está el ejemplo paradigmático observado por Tocqueville, que comprobó cómo la Administración que surge de la Revolución Francesa hunde sus raíces en el absolutismo.”

Ciertamente, las nociones en Venezuela, de República y sus instituciones propias del Derecho Público, nacieron imbuidos

15 José Ignacio Hernández G. “Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 7, Caracas 2015. Revisado en <http://redav.com.ve/redav-7/14.05.2018>

de cierta amalgama de ideas, aportadas por ilustres conciudadanos como Francisco de Miranda, Andrés Bello, Juan Germán Roscio y el mismo Simón Bolívar, por citar sólo 4, cuyas influencias devenían de diversas fuentes e inspiraciones.

Por su parte, autores señalan que la noción de justicia administrativa nace de una forma determinada en la Gran Colombia y luego se transforma a raíz de la separación. Así, el profesor colombiano Libardo Rodríguez¹⁶, sitúa el origen de la jurisdicción contenciosa administrativa para la Gran Colombia, en el Decreto de Simón Bolívar, expedido en Angostura el 30 de octubre de 1817¹⁷, en el que se indica, que ante la imposibilidad de crear un buen gobierno representativo, y una Constitución eminentemente liberal, se crea el Consejo de Estado, conformado por secciones, para ejercer funciones meramente consultivas o de asesoría. Dicho Decreto contempla, que todo individuo de una sección, puede proponer en ella cuantos planes, reglamentos, providencias, etc. estime conveniente al bien público, pero sólo el presidente de la sección podrá proponerlo al Consejo de Estado, quienes no tendrán más que voto consultivo y entre sus funciones ordinarias estará la de la administración civil y de justicia, entre otras. Tal como lo indica el citado autor, considerando las ideas y la formación intelectual y filosófica de Bolívar, y el fervor en las ideas libertarias de la Revolución Francesa puede entenderse que el Consejo de Estado creado por él, sea a semejanza del francés; sin embargo, como el francés del Antiguo Régimen, sin funciones jurisdiccionales.

Para 1828, el Libertador expide el Decreto orgánico del 27 de agosto, cuyo título 3 trata del Consejo de Estado, con fun-

16 Libardo Rodríguez Rodríguez. "Origen y Evolución de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina", en *Memorias del Coloquio Conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado Francés*. Editorial Temis S.A., Bogotá 1999.

17 Decreto recogido en el Libro *Las Constituciones de Venezuela*, Compilador Allan Brewer-Carías. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

ciones disminuidas. Para la Constitución de 1830 y posteriores, desaparece la institución del Consejo de Estado.

Sin embargo, se consideran en ellas la existencia o reconocimiento de acciones aisladas de control judicial de ciertas conductas de la Administración, como en la Constitución de 1811 que en sus artículos 199 y 227 se estableció la nulidad absoluta de cualquier ley que se expidiese en contra de la Constitución, y que algunos autores, entre los que se encuentra Brewer-Carías lo considera como germen del contencioso, mientras otros lo establecen en la Constitución de 1864, que atribuía competencia a la Alta Corte Federal para declarar la nulidad de todo acto del Congreso o del Poder Ejecutivo que viole los derechos garantizados a los Estados o ataque su independencia, así como la competencia para conocer de los juicios civiles cuando sea demandada la Nación, tal como lo indica la profesora Daniela Urosa ¹⁸:

“Siguiendo nuevamente a Brewer-Carías, puede afirmarse que si en 1830 surgió en Venezuela el ámbito contencioso administrativo de las demandas contra los entes públicos, específicamente contractuales, fue en 1925 cuando surgió el contencioso de anulación de actos administrativos. Asimismo, si en 1811 y con más énfasis en 1830 surgió la garantía de control judicial de los actos del Poder Público, fue en 1925 cuando se distingue claramente el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Poder Legislativo, respecto del control de la legalidad de los actos administrativos y demás actuaciones del Poder Ejecutivo. Primer esbozo, pues, de la distinción actual entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa”.

18 Daniela UROSA MAGGI. *Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela. ¿influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio.* Revisado en http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2009/BolACPS_2009_147_113-138.pdf. 16.05.2018

Es el caso que, a mi entender, para considerar que se trata del germen o inicio del contencioso administrativo, no puede observarse en base a la existencia o previsión de acciones aisladas que permitan un control del Poder en cuanto una actuación concreta, sino en un sistema que contemple como fundamento, el control del Poder en sus distintas manifestaciones.

Así, el Consejo de Estado que se previó en las Constituciones y Decretos previo a la separación de Venezuela de la Gran Colombia, dentro de la amplitud de sus funciones, podrían tener las mismas que tuvo en su origen el Consejo de Estado Francés, más no se desprende que se haya creado como forma de control del Estado en su actuar, ejercido como tal, o que esa intención de creación haya sido la intención en su creación. Por otra parte, la mención aislada de acciones o de pretensiones de control de Poder, en Constituciones posteriores, tampoco demuestran ese talante que busca un efectivo control de la Administración, que nos permita considerar como “contencioso administrativo” o “justicia administrativa” que se hace **patente** en la Constitución de 1961. Por otra parte, como considera Urosa en el trabajo citado, *“Nótese que, sea en uno u otro caso, la doctrina ha opinado, casi unánimemente, que el control contencioso administrativo y en general, todo el control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela, se ha constituido desde su origen como un orden judicialista, esto es, un control residenciado exclusivamente en el Poder Judicial”*.

Así, el sistema que parte de la Constitución de 1961, que contemplaba la noción de jurisdicción, de un verdadero sistema, incorporó en él, a través de la Ley orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la imposición del necesario agotamiento de la vía administrativa para la impugnación judicial de los actos administrativos por una parte, que subsistió hasta mediados de la primera década del siglo XXI, así como la exigencia obligatoria como condición de procedencia del agotamiento de la vía administrativa para las demandas de contenido patri-

monial –que aún subsiste–, en una simbiosis necesaria donde la propia Administración debía emitir de alguna forma su opinión previa, para poder proceder judicialmente¹⁹. No se trata de la posibilidad del poder de autocontrolarse por parte de la Administración, que muchas veces no hace más que reforzar el talante autoritario, sino de la imposición legal de agotar la reclamación ante la propia Administración, para poder continuar la reclamación ante el contencioso administrativo.

De forma tal que ante esa obligatoria conducta de ejercer un recurso en sede administrativa, previo al ejercicio de alguna acción judicial, ante cuya respuesta podía hacerse innecesario el recurso de la acción judicial (cuando el administrado se satisface con la respuesta de la Administración), cuyo fin era permitir a la administración, conocer de sus propios actos y de ser necesario, reconocer la nulidad de un acto viciado de nulidad absoluta, corregir un vicio en un acto viciado por anulabilidad y en general, que la Administración pueda corregir su acto o en todo caso, corregir a la Administración, cuando de actividad y actos administrativos se tratara y en general ajustar la actividad de la administración dentro del debido cauce que marca la ley, que fue el fundamento del contencioso francés.

Por su parte, al igual que en la mayoría de los países de régimen administrativo, la jurisprudencia fue artífice de gran parte de los aportes al Contencioso, algunos de tal magnitud, que implicaban un giro radical de las ideas que en un momento regían. De tal forma que mientras el órgano legislativo -muchas veces paquidérmico-, tardaba en reaccionar para

19 Aun cuando dichas normas encuentran en la actualidad un fuerte rechazo frente a la noción de tutela judicial efectiva, que tal como lo ha sostenido al Corte Interamericana de Derechos Humanos “Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.

acoger los cambios²⁰, la doctrina y la jurisprudencia se encargaba de incorporar nuevas tendencias, acciones e interpretaciones que necesariamente mantenían vigentes los criterios y su aplicación, permitiendo que con el cambio, se adaptase el contencioso a las necesidades que se imponían y a los nuevos criterios generales procesalmente considerados, o particulares en cuanto al contencioso se refieren. Venezuela no fue excepción a dicho actuar, dictando criterios jurisprudenciales que muchas veces marcaban pauta en el foro jurídico internacional, y cuya capital fue centro de importantes eventos que concentraban lo más granado del Derecho Administrativo hispanoamericano principalmente, y donde se adicionaban grandes juristas franceses, norteamericanos, italianos y de otras nacionalidades.

Esos criterios jurisprudenciales permitieron ser sustento válido en la enseñanza del Derecho administrativo, que, junto a la calificada doctrina, permitían esbozar los principios que acoge y soporta la disciplina. Y como no confiar en la prudencia de quienes por años ejercieron la magistratura, quienes eran dignos y probos hombres y mujeres, sobre quienes pesaba el gran honor de impartir justicia, y en ello ponían el mejor empeño, haciendo gala de sabiduría y especialmente, conocedores de los principios y postulados que rigen la disciplina. Muchos de ellos profesores universitarios, para quienes el honor de la academia galardonaba más que el cargo eventual que podían ejercer en la judicatura; o en otros casos, el pundonor de impartir justicia basado en los principios que rigen la materia, prelab a cualquier otra consideración, sobre todo las de índole política, lo cual fue el común denominador en Venezuela, y buena parte de otros países.

20 Quizás, el mejor ejemplo es el francés, cuyo prurito que dejó la Revolución Francesa, tardó casi dos siglos en abandonar criterios que la modernidad no soportaba.

Lamentablemente, tal como lo acota el profesor José Guillermo Andueza²¹, 1999 trae un cambio importante en la práctica y ejercicio del Derecho Público en cuanto el litigio se refiere, y especialmente, en los últimos 15 años en quienes tienen del deber de impartir justicia. Así, tomando en cuenta lo que indica el citado autor, y si bien es cierto, la Constitución de 1999 no hace más repetir el postulado constitucional de 1961, que constitucionalizó la justicia administrativa e implicó un importante avance, a partir de 1999:

“se produce una regresión en la justicia administrativa. Ella ha perdido la imparcialidad y la altura científica que tuvo anteriormente. Hoy es más bien un instrumento al servicio del gobierno y de la administración pública. Estudios recientes revelan que la Sala Político Administrativa, en su actividad judicial, se inclina poderosamente a favor de los intereses del gobierno. ¿Qué decir entonces de los derechos e intereses de los particulares cuya garantía es uno de los propósitos de esa jurisdicción? Esta situación nos permite recordar épocas pretéritas en las que las instituciones de control existían pero nadie acudía a ellas porque no infundían confianza. Pese a todo ese acontecer, en las universidades se sigue enseñando derecho administrativo como un instrumento al servicio del estado social de derecho y como una institución que garantiza el principio de legalidad y los derechos de los particulares”.

Quizás el problema sea entender en la actualidad criolla, que el Derecho administrativo sea instrumento del Estado Social de Derecho, lo cual deviene desde los orígenes franceses, que pueden revisarse en el trabajo del Profesor Farías Mata²², cuyo título es bastante elocuente: “Consejo de Estado... garante de la continuidad revolucionaria”, que se explica, en tanto y

21 José Guillermo Andueza. “Cien años del Derecho administrativo en la universidad venezolana”. En *100 años de la enseñanza...* ob. cit.

22 Luís Henrique Farías Mata. “El Consejo de Estado Francés: Juez de la Administración Pública y garante de la continuidad revolucionaria” en *Revista de la facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas* No. 78. Universidad central de Venezuela, Caracas.

en cuanto, el Consejo de Estado, si bien venía como Consejo de Gobierno o Consejo del Rey en el Antiguo Régimen, que se mantuvo a su manera a raíz de la Revolución, buscaba consolidar no solo los postulados y aportes de la Revolución, sino que los mismos se mantuvieran en el tiempo, como forma igualmente de garantizar la estabilidad del régimen.

Lamentablemente, en la Venezuela de nuestros días de la que habla en su trabajo Andueza, y se plasma en obras como la de los profesores Rafael Chavero²³, Carlos Ayala²⁴, Francisco Delgado²⁵ y Antonio Canova²⁶ y otros, el contencioso administrativo se ha convertido –indebidamente– en el fuero de la Administración, en la cual, independientemente de la magnitud del vicio del que pueda adolecer el acto, no se le dará la razón al administrado, salvo muy contadas excepciones, al punto, que tomaron como bandera irreductible, el principio de conservación del acto administrativo, aún ante los más evidentes vicios, al extremo, que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hubo de intervenir, para corregir tal aberración. Así, el Derecho se convierte más bien en instrumento político y escapa al servicio ciudadano, demostrando lo que Moles Caubet²⁷ señalaba en su trabajo acerca del principio de legalidad y la justicia administrativa en los diferentes sistemas, quien, comparando, distingue entre el Estado de régimen administrativo, el Estado judicialista (*common law*) y el Estado socialista, indicando para éste último:

23 Rafael Chavero Gazdik. *La justicia revolucionaria*. Editorial Aequitas, Caracas 2011.

24 Carlos Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik. *El Libro Negro Del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017.

25 Francisco Delgado. *Chavismo y Derecho*. Editorial Galipán, Caracas 2017.

26 Antonio Canova González, Luis A. Herrera Orellana, Rosa E. Rodríguez Ortega. *El TSJ al servicio de la revolución*. Editorial Galipán, Caracas 2014.

27 Antonio Moles Caubet. *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Ob. cit.

“El Estado de régimen socialista cuenta con un Derecho Administrativo sumamente desarrollado pero, en cambio, carece de una auténtica condición contencioso administrativa, excepto en Yugoslavia. Los derechos subjetivos de cualquier índole no tienen un fin en sí mismos, sino subordinados siempre al cumplimiento de ordenaciones objetivas. En este tipo de Estado rige el principio de legalidad socialista”.

Lamentablemente, luego de ser pioneros en el contencioso administrativo; un país que, si se quiere, impartió cátedra en la materia, pasó a ser un palo seco en el desierto de la ignorancia y la ignominia, con un sistema judicial²⁸ subordinado a un hombre, su idea y su partido, que se funde en un solo ser. Pero no se trata de algo causal, sino que estaba predestinado según el cauce que se seguía: una noción marxista del derecho. Dicho derrotero era posible alertar tempranamente, entendiendo, tal como lo señala Francisco Delgado en su libro anteriormente citado, que:

“No hay duda que esta noción marxista del derecho como instrumento de dominio ha tenido una influencia apreciable en la praxis del chavismo. Ni el derecho ni el respeto del derecho o la obediencia al derecho son fines en sí mismos. El valor que tienen dependerá de si pueden o no realizar los fines a los que sirven. Si el medio jurídico ya no es útil para el cumplimiento del fin político ¿qué sentido tiene mantenerse aferrado a él? Habrá que cambiarlo, o si no es posible ignorarlo o, legado el caso, violarlo abiertamente. La arbitrariedad, la violencia, el trato desigual o la crueldad pueden ser justificados a partir de ‘leyes históricas’ y la necesidad de abolir el dominio de aquellos a los que se consideran explotadores”.

El mismo autor, refiriéndose al marcado activismo judicial, indica:

28 Salvo contadas excepciones.

“El activismo supone o conduce a un orden de gobierno de jueces, en el que estos remplazan al titular del poder legislativo, y sentencian según la premisa de que únicamente ellos conocen la verdadera justicia. Tercero, porque al tomar partido políticamente respecto de las cuestiones sociales más sensibles, y decidir conforme a su posición y no conforme al derecho, el juez renuncia a la cualidad que distingue la función judicial desde la antigüedad: la imparcialidad. Al decidir particularmente, el juez anula en la práctica la idea básica de un Estado de derecho que no es otra que la igualdad de los ciudadanos ante la Ley”.

A eso ha de añadirse otro ingrediente que tocan ampliamente otros autores. Muchas veces los jueces no actúan guiados por su conciencia ni por sus convicciones, sino por el temor de no poder complacer a sus superiores; de herir susceptibilidades políticas; o sencillamente, no poder continuar en sus cargos. Tal conducta luce deplorable y grave en el ejercicio de cualquier competencia judicial, pero que sucede en el contencioso.

Si entendemos correctamente que el contencioso, lejos de ser instrumento del Estado, es el instrumento que la ley le otorga al particular para luchar contra el Poder, para evitar que el poder le arrope y lograr que la administración se someta al cauce que el impone la ley; en el cual el juez ha de ponderar la actuación de la Administración frente al derecho, y en caso de observar que no compaginan, dictar sentencia, conforme el mandato del 259 Constitucional, ordenando lo necesario para restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad de la Administración, lo cual lleva a proteger intereses particulares, representados en derechos individuales y derechos subjetivos, aun cuando se encuentre imbuido el interés general.

Pero esta sistemática eliminación del Estado de Derecho no ha sido causal; por el contrario, fue anunciada. En este marco, desmontar la noción de separación de poderes no se encausó

como algo sobrevenido, sino que se trató de una conducta aviesa, orquestada desde el “partido de gobierno” y puesta en práctica por sus operadores políticos o “ministros” sui generis, como la entonces Presidente (Presidenta, como pretenden imponer desde el gobierno, desconociendo y contrariando todas las leyes, incluyendo las de la física y especialmente la gramática) del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estela Morales, el día 05 de diciembre de 2009, quien se pronunció a favor de una nueva modificación de la Constitución de la República, indicando que **“la división de poderes es un principio que debilita al Estado”**²⁹, señalando que una “cosa es la separación de poderes y otra es la división”, siendo que pocos días después, el 09 de diciembre de 2009³⁰, la misma funcionaria amplió sus declaraciones, cuando indicó que el nuevo “constitucionalismo” nace en la República Bolivariana de Venezuela “con la modernidad de la participación popular y, sobre todo, el nacimiento de un nuevo pacto social”, al tiempo que enfatizaba en que la autonomía de los poderes públicos debía ser interpretada de una manera “lógica y racional”, distinta del “aislamiento”. Manipulando las ideas, quiso hacer entender que la noción de separación de poderes aislaba los poderes, mientras que habría que reinterpretarlos.

Tal posición fue sustentada en las mismas bases programáticas del Partido Socialista Unido de Venezuela, tal como lo hace constar en su trabajo en el Diario El Universal el Periodista Francisco Ollarves, por lo que no se trató de una conducta solapada y de sorpresa, pues tal como lo indica en su trabajo publicado en fecha 18 de julio de 2010³¹, entre las bases del Partido Socialista Unido de Venezuela, aprobado en el Congreso de dicho partido del mismo año 2010, se sostiene:

29 <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/124782/presidenta-del-tsj-dice-que-la-division-de-poderes-debilita-al-estado-y-pide-reformarlo/>

30 Recogido en la página oficial de la Dirección Ejecutiva de la magistratura <http://190.202.80.209/noticias/detalle.do?id=17486>

31 http://www.eluniversal.com/2010/07/18/imp_pol_art_el-manifiesto-del-ps_1973534

«Es necesario eliminar la falsa dicotomía entre espacio público y privado, pues los aspectos más importantes de la formación del carácter y la escala de valores que sirven de soporte a la dominación política se forjan en el llamado espacio de la vida privada, colonizado por los aparatos mediáticos en defensa de la propiedad privada. Necesitamos un Estado fuerte que vaya asumiendo progresivamente diversas esferas de la economía y la vida social y cultural. Surgirá así un nuevo Estado socialista que terminará de desplazar al Estado burgués» (...) «La comuna, como forma organizada de la comunidad, será la célula fundamental de la nueva sociedad».

En el trabajo anteriormente citado, quien revisando el documento dimanado del primer Congreso del PSUV, detalla que el mismo indica:

“en el camino para controlar todos los poderes públicos se señala: «El ejercicio intransferible de la soberanía, de la cual emanan y a la cual están subordinados todos los poderes públicos (Legislativo, Judicial, Ejecutivo, Electoral y Moral), implica necesariamente que «el pueblo los concentre en sus manos» como forma de superar a la concepción liberal burguesa de la separación formal de poderes».

Esta situación nos da la idea de la situación actual de los aportes en Venezuela de las Revoluciones Norteamericana y Francesa, y en especial, el contencioso administrativo. Si recapitulamos en los aportes:

A. De la primera:

1. Forma de estado federal y se asientan los principios de Estado;
2. Separación de poderes;
3. Democracia;

4. Control del poder por la constitución y reconocimiento de derechos y libertades ciudadanas, soberanía popular, y control de la constitucionalidad;
 5. Independencia de los jueces a través de la Suprema Corte.
- B. De la segunda:
6. El cambio en la noción de soberanía, que se traslada del rey a la noción de -verdadera- soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección;
 7. Se otorga un nuevo papel al pueblo en general, y no limitado a los detentadores del Poder, amparado por la idea de la existencia de una Constitución, no solo como carta política, sino que representa verdaderos límites al poder.
 8. La noción de Constitución, que en el mismo sentido que la Revolución Norteamericana, y sus antecedentes en la Carta Magna, Cartas Leonesa entre otros, que sentó el criterio de la supremacía y el carácter normativo de la Constitución; prevé el principio absoluto de separación de poderes;
 9. el respeto absoluto a la ley, estableciendo el “reino de la Ley”, concentrado en la noción de principio de legalidad, que somete la Administración a la Ley, entendiendo que el Rey gobierna por la fuerza de ésta, que a su vez gobierna al rey y le impone marcos y conocidos límites;
 10. la noción del contencioso administrativo y el sometimiento de la Administración Pública y el Poder en general, no sólo al imperio de la ley, sino la posibilidad de juzgar los actos y las conductas de la Administración.

Tenemos que:

1. Si bien, Venezuela no ha sido verdaderamente un Estado federal, sino un estado federal *sui generis*, hemos visto como estos últimos años se ha perdido sin pudor el poco resto de federalismo, pues vulgarmente se han arrebatado competencias municipales y estatales para incorporarlas al Poder central; los alcaldes o gobernadores son depuestos por órdenes del Presidente y se colocan sucesores impuestos por éste o por el partido de gobierno, que a la sazón, siguen un mismo fin y una misma línea. Por otra parte, se designan “protectores” en los estados gobernados por opositores que ejercen la misma competencia asignada a los gobernadores y es a estos funcionarios *sui generis* a quienes se les asignan los recursos.

2. Ya se señaló como la eliminación del principio de separación de poderes fue sistemática y aviesamente premeditada. Así, el resto de los poderes que se presumen autónomos, se convierten en ministerios del gobierno y de su partido.

3. Si entendemos por democracia el sistema político que defiende la soberanía del pueblo y el derecho del pueblo a elegir y controlar a sus gobernantes, vemos que la noción de soberanía del pueblo se ha convertido en una farsa mediática, donde un grupúsculo de personas aplaude las “brillantes” decisiones del gobernante y éste dice que el pueblo clama por sus decisiones. Por otra parte, el derecho a elegir y el imperativo de alternabilidad se ha visto secuestrado y los representantes populares, elegidos libremente se han visto impedido de cumplir sus fines y propósitos por sentencias que le han anulado cualquier actuación y castrado en cualquier intención.

4. En cuanto al control del poder por la Constitución, se tiene, que tal como lo señala Delgado³², el derecho deja de ser un fin en sí mismo, para convertirse en un medio de control por parte del poder, lo que igualmente alcanza a la Constitución y la interpretación que de ella se haga. La soberanía popular se

32 Francisco Delgado. *Derecho y...* ob. cit.

instituye en un parapeto vacío y el control de la Constitucionalidad, por un tribunal que se convirtió en ministerio de justicia del poder, sencillamente la va a adaptar a los intereses de ésta. El reconocimiento de libertades ciudadanas no son más que expresiones plasmadas “en el librito azul” como lo denominó en alguna oportunidad el mentor el proceso.

5. La noción de independencia de los jueces a través de la Suprema Corte, se convirtió prácticamente en ofensa. En alguna oportunidad muchos jueces, en la apertura de un año judicial, corearon consignas políticas a favor del presidente, su gobierno y su partido, a lo cual el Profesor Francisco Delgado le dedica todo un capítulo del libro comentado, denominado “los jueces: entre la sujeción y el activismo”. Del mismo modo, el sugestivo título del libro de Canova y otros resulta altamente ilustrativo: “El TSJ al servicio de la revolución”, lo cual se adereza con los comentarios de quien fuera presidente del TSJ y coreado por los presidentes de las Cortes de lo Contencioso Administrativas del momento, indicando que la separación de poderes debilita al Estado.³³

6. El cambio en la noción de soberanía, heredado de la Revolución Francesa, donde se traslada del rey a la noción de soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección, fue revertida, ya no en cabeza del rey, sino de tiranuelos absolutistas que secuestraron el poder, las costumbres, los símbolos, colores, destruyeron familias y todo un país, quienes redujeron el parlamento a un cascaron vacío de competencias y voluntades.

7. El nuevo papel otorgado al pueblo se convirtió en mera retórica, que solo es válido cuando avala la voluntad de la caterva de tiranos que dirigen el partido y el gobierno, en los

33 Hemos podido desarrollar el tema en el trabajo: *Venezuela. Del absolutismo plural a la tiranía colegiada*, publicado en linkedin: <https://www.linkedin.com/pulse/venezuela-del-absolutismo-plural-la-tiran%C3%ADa-colegiada-silva-bocaney/>

cuáles no hay una sola voz que llame a la cordura y sindéresis. Por su parte, la Constitución volvió una mera carta, donde aun cuando se prevea formalmente un límite al poder, el mismo no se aplica y no consigue restitución por el órgano llamado a tal fin, como es el tribunal, en un contencioso judicializado.

8. Como se indicara, la noción de Constitución fue sistemática eliminada desde el mismo momento en que se impone como meta la eliminación del principio de la separación de poderes.

9. El respeto absoluto a la ley se pierde, cuando se le ha otorgado potestades absolutas al presidente para dictar “leyes”, sin ningún tipo de pudor ni límite. Que se puede esperar de un producto cuyo fin es limitar el poder del gobierno, elaborado por el mismo gobierno. Peor aún, elaborando leyes a su medida y antojo, sin control alguno, las mismas le quedan cortas y son sucesivamente reformadas. Tal como indica Delgado³⁴ *“Dado que lo decisivo es el comportamiento frente a la exigencia que la regla hace, el horror se expresará bajo la forma de una evasión de la norma en casos concretos, o su modificación a conveniencia”*.

10. No cabe duda que si se ha perdido todo lo demás, y la autonomía del Poder judicial como órgano de control, el contencioso administrativo no sirve más que como mampara, para aparentar la existencia de órganos de control y un Estado de Derecho, más sin embargo, implica su absoluta desaparición (solo se mantiene en lo formal), en el Estado socialista que definió Moles y que anteriormente citamos, tiene *“...un Derecho Administrativo sumamente desarrollado pero, en cambio, carece de una auténtica condición contencioso administrativa”*. No es más que un parapeto jurídico con visos de legalidad, dirigido –salvo contadas excepciones– por una sarta que han de seguir los lineamientos que se imponen aguas arriba. Y en caso que

34 *Derecho y chavismo*,. ob. cit.

un juez de instancia restablezca la situación, siempre podrá ser “corregido” por su superior.

Si traspolamos la situación francesa y la venezolana, nos encontramos:

- A. En Francia, en la actualidad, dado lo consolidado del sistema, no existe temor alguno que se pierda esa noción del contencioso, a través de un Consejo de Estado que actúa como un verdadero Juez, con la independencia y autonomía que le son propios a los órganos judiciales; y si bien es cierto, esa misma consolidación le permitiría judicializar de manera absoluta (aun cuando el Consejo de Estado actúa como verdadero juez, está inmerso en la Administración) el contencioso, la solidez del sistema lo hace innecesario, demostrando que el sistema funciona a la perfección, y lo que se trató en un principio, de actuar como garante o guardián de los postulados de la Revolución Francesa, se perdió en el tiempo para connotar un sistema que es garantía de la legalidad.

- B. Venezuela se pierde en una araña retórica, donde una *pseudo* revolución se alza democráticamente con el Poder, y se impone de forma tal que todo juez o funcionario se ve obligado, bien por presiones externas o intereses propios a validar los desmanes del Poder.

Nótese que no puede darse el mismo tratamiento a quienes pretenden proteger los postulados filosóficos de la Revolución, a través de la Buena Administración, la sujeción irrestricta de ésta a las normas y el respeto a la legalidad, a quienes pretenden justificar la actuación de una Administración que luce arbitraria. Por el contrario, si el Derecho Administrativo ha sido siempre la lucha por sujetar el poder y que siga por su justo cauce, el caso venezolano destaca por su actuar contrario, toda vez que lejos de sujetarlo, lo avala a ultranza.

V. CONCLUSIONES

Parece que no podría entenderse que el fundamento del Consejo de Estado Francés, se mantiene en Francia, en cuanto defensor de los postulados de la Revolución como momento histórico y filosófico; sin embargo, su influencia ha calado de tal forma en Francia y el resto de los países de régimen administrativo que resulta imanente. Por su parte, en Venezuela, en sentido contrario, el sistema ha servido para apuntalar al gobierno y encubrir, tolerar o justificar sus desmanes, pero no por ello puede considerarse que el Derecho Administrativo o el sistema contencioso administrativo falló, o se desvió; sino que en la situación actual no existe contencioso administrativo como sistema efectivamente funcional; sencillamente porque una dirigencia política se empeñó en que dejáramos de ser un país sometido al régimen administrativo, para incorporarnos al régimen socialista, donde la existencia de tribunales especializados en la materia y hasta una novedosa ley, no son más que un parapeto para otorgar una falsa apariencia.

Sin embargo, no todo está perdido, a lo que voy a traer las palabras finales de un trabajo próximo a publicarse en un *Liber Amicorum*:

- Estamos transitando la cuerda floja y no tenemos red.
- Los vientos huracanados de la pretendida revolución nos azotan ferozmente y con constancia.
- Algunos han sucumbido, bien por desanimo, por la muerte, por cansancio o llamados por los cantos de sirena.
- El transitar ha sido largo, que alcanza prácticamente una generación.

Pero pese a todo, vemos en las generaciones que nos siguen, en las aulas universitarias, que el germen de la democracia y

la institucionalidad persiste, aun cuando en su mayoría, no la conocieron en su esplendor, y se les ha presentado sólo una mueca deformada de lo que alguna vez fue y lo que ello implica.

Caracas, mayo 2018.