

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

Jonás Aponte¹

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

Palabras Clave: Forma. Materia. Acto administrativo.

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

Key words: Form. Matter. Administrative act.

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

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

SUMARIO

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

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 *Ibidem*, p. 128.

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

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

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

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

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

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

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

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

II. PROBLEMAS DE LAS FORMAS EN EL DERECHO VENEZOLANO

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

8 *Ibidem*, p. 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 *Ídem*.

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

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

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

III. NOCIÓN DE FORMALISMO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

14 *Ídem.*

15 *Ídem.*

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

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

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

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

17 *Ídem*.

IV. FORMALISMO LATINOAMERICANO

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

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

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

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

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

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

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

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

V. LA GÉNESIS DE LA SENTENCIA ¿FORMALISMO JUDICIAL?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23 *Ídem.*

24 *Ídem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 *Ídem*.

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

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

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

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

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

manifiestamente incompetente la consecuencia lógica es la nulidad del acto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

52 *Ídem*.

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

54 *Ídem*.

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

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

VIII. LA POTESTAD INSPECTORA Y LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS EN BLANCO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. LA NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA POR CRITERIOS DE JUSTICIA MATERIAL

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

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

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

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

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

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

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

X. SANTO TOMÁS DE AQUINO Y LAS FORMAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

63 *Ídem*.

64 *Ibidem*, 58-59.

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

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

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

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

65 *Ibidem*, 123.

66 *Ídem*.