



# Teoría de las Fuentes del Derecho y la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa

*Salvador Leal Wilhelm*

*Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad del Zulia.  
Maracaibo. Venezuela. e-mail:sleal luz.ve*

## Resumen

Como demuestra el proceso legislativo de elaboración de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en Venezuela, siguiendo el modelo francés, se ha desarrollado el contencioso-administrativo como un derecho creado por el juez.

En esta investigación, partiendo de una teoría científica de las fuentes del derecho que exige la previsibilidad de la interpretación del derecho por el juez, se analizará la jurisprudencia contencioso-administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el período enero 1994-junio 1997, recopilada en los repertorios de extractos de sentencias, para determinar si la jurisprudencia responde a las características de pacífica, constante y reiterada que permiten la predicción.

Esta investigación permite concluir que no responde a las antedichas características, generando incertidumbre, impidiendo el cálculo económico y político.

**Palabras clave:** Teoría de las fuentes, precedente, jurisprudencia, cálculo, previsibilidad.

Recibido: 30-09-97 • Aceptado: 27-01-98

# Theory of the Fountains of the Law and the Judicial Review Jurisprudence

## Abstract

As it is shown by the law making process of the Supreme Court Justice Organic Bill, in Venezuela, following the French model, the judicial review has been developed as a judge made law. In this research from the basis of a scientific theory of the law fountain that requires the forecasting of the judge's interpretation of the law, it will be analyzed the jurisprudence on judicial review by the Supreme Court of Justice, collected from the sentences excerpts of the period within January 1994-June 1997, in order to answer if precedents are pacific, steady, and repetitive carastheristics that allow the forseeness.

This research lets reach the conclusion that precedents do not match those carastheristics, creating uncertainty and preventing both economics and political calculus.

**Key words:** Theory of the fountains, precedent, jurisprudence, calculation, foreseen.

## Introducción

En Venezuela se plantea en este momento como problema principal la inseguridad jurídica por la dificultad de ejecución de los acuerdos por parte de los tribunales. Al mismo tiempo se desarrolla una tendencia a elevar a la doctrina de los tribunales contencioso Administrativos a la categoría de fuente obligatoria de derecho sin distinguir su categoría o calidad de las decisiones.

La seguridad jurídica exige la predictibilidad de las decisiones del juez, lo cual se corresponde con la teoría científica de las fuentes del derecho. A través del examen de la jurisprudencia del contencioso administrativo del período enero 1994- junio 1997, se tratará de concluir si es exagerada o no la pretensión de elevar la jurisprudencia a la categoría de derecho judicial y la real impor-

tancia de los *leading cases*, casos señeros, o que se consideran tales por los tribunales y la doctrina.

## 1. Cálculo político y Tribunales

En Venezuela está planteada en el momento una reforma constitucional que deriva de la sensación de inexistencia de mecanismos formales de canalización de resolución de conflictos. La Constitución se ve reducida a ser "el librito amarillo que se modifica todos los años y se viola todos los días". La inexistencia de estructuras políticas y jurídicas formales, necesarias para el desarrollo de la vida social que permitan la certidumbre acerca de qué está permitido y que prohibido y, en consecuencia, sea posible establecer acuerdos, o bien, la ineficiencia de los sistemas judiciales para hacer cumplir forzosamente los acuerdos en caso de violación han sido relacionados con el pobre desempeño económico de los países (North, 1993). Pero no sólo el desempeño económico se ve afectado, igualmente el desenvolvimiento de la vida política resulta afectado, cuando no se puede confiar sino en el cumplimiento voluntario de los acuerdos políticos. Así, la Constitución venezolana basada en el modelo del déspota benevolente, asume que los hombres electos serán honestos (Tullock, 1979) y es lo que espera la sociedad que pide al gobierno lo libere de la especulación de los comerciantes que exigen veinte bolívares por una fotocopia mientras el gobierno exige quinientos bolívares por la misma.

El autocumplimiento sólo se dará mientras sea conveniente y los costos de evadir el acuerdo sean mayores que cumplir. (Binmore, 1994: 370). Así la teoría de juegos asegura que si las partes entraran en un número ilimitado de acuerdos, la necesidad de cooperación futura bastará para hacer cumplir las reglas sin coacción (Kreps, 1994) hipótesis comprobada por el pacto institucional entre Acción Democrática y COPEI para la repartición de los altos cargos de gobierno. Pero frente a los ciudadanos ese mismo acuerdo evita que las sanciones se apliquen y la posición dominante del

gobierno produce abusos contra los ciudadanos como es de esperar de un monopolio como es el Estado.

Entonces es necesario un poder judicial que actúe como un árbitro imparcial que resuelva conforme a derecho y no, como sucede en Venezuela, de acuerdo a la matriz de opinión reflejada en los medios, o como se asevera, de la marca de perfume de la secretaria del Tribunal. (Hernández, 1997:A7) o sobornos en general.

Si el Poder Legislativo crea normas imprecisas, el Poder Ejecutivo actúa modificando esas normas y el Poder Judicial en su labor de crear el derecho en el caso concreto responde al modelo realista según el cual la decisión depende de lo que "el juez haya tomado en el desayuno" (Dworkin, 1992:38), no habrá cálculo posible.

## **2. Teoría científica de las fuentes**

Una teoría de las fuentes del derecho basada en la concepción del derecho como una ciencia empírica tendrá como fundamento el estudio de las normas que permita predecir cual será la interpretación del derecho por el juez (Popper, 1990:58 y Ross, 1964:73). No permitirá predecir la decisión efectiva pues ésta depende de la habilidad de los litigantes en el uso de los medios a su alcance para convencer al juez (García. 1996:46), de que precisamente esa y no otra es la norma aplicable, y también de llevar al proceso los hechos de la manera correcta. En el derecho venezolano predomina la idea semántica del derecho que permite la coexistencia de dos soluciones distintas opuestas pero correctas aún si sólo una puede ser justa (Dworkin, 1992:12). Pero las visiones de justicia son diferentes y una solución justa según el sentir medio puede ser objetivamente injusta.

Volvamos entonces a la posibilidad de predecir la interpretación que el juez hará del derecho, pues el Estado de Derecho, la "rule of the law" no es sino el sometimiento del Estado a

“Normas fijas y conocidas de antemano, normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre como usará la autoridad sus poderes coercitivos y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de ese conocimiento (Hayek 1990:103)”.

Es decir la posibilidad de desarrollar una teoría empírica de las fuentes del derecho y la predictibilidad, con un margen alto de probabilidad y bajo de incertidumbre, evidencia la vigencia del Estado de Derecho. O ese acuerdo institucional por el cual gobernantes y gobernados se desenvuelven en la sociedad, cuya existencia cuando alcanza cierta complejidad exige la división del trabajo y la presencia del Estado, órgano especializado en hacer cumplir los acuerdos. Pero en este caso se trata del acuerdo fundamental, del contrato social, cuyo fundamento es el de un juego repetitivo que evitará la tiranía (Binmore. opus cit.:370). En caso de que alguno pretenda faltar a las reglas del juego debe ser obligado, de lo contrario no es posible el desarrollo (North opus cit: 83). El encargado de hacer cumplir el acuerdo al gobernado es el aparato policial, judicial y administrativo. Pero el encargado de vigilar el cumplimiento del acuerdo por parte del gobernante es también uno de los órganos del Estado, el sistema judicial, por medio de su competencia contencioso administrativa y la instauración de una cláusula general (artículo 206 de la Constitución de Venezuela), o sometimiento de todos los actos del poder público al control judicial, lo cual no es sino una aspiración materialmente imposible, todos los días se producen miles de actos administrativos por parte del Estado interventor y exigiría un número tan alto de tribunales como funcionarios públicos actúen (Komesar, 1996: 254), por lo que sólo los casos más visibles o que afecten intereses con suficiente dinero para enfrentar los costosos procesos judiciales serán objeto del control. Lo cual es especialmente grave en un país como Venezuela, marcado internacionalmente como un país poco competitivo y corrupto debido al papeleo burocrático que obliga a pagar sobornos para poder avanzar (Vogel, 1997:E 6). Esta situación deriva de la manera en que se ha concebido la justicia social en Venezue-

la: el ingreso petrolero se distribuye en Venezuela contratando funcionarios públicos sin necesidad del recurso humano. Las entidades burocráticas para justificarse deben crear requisitos y el resultado es la violación de los derechos para cuya protección se creó el Estado.

La competencia contencioso administrativa es la responsable de la ejecución obligatoria del acuerdo Estado-Particular. Pero, ¿por qué estudiar cómo vamos a hacer la jurisprudencia contencioso administrativa?, ¿por qué no las leyes?

Venezuela es un país del derecho legislado, pero cuando en 1977 se dictó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a través de cuyas disposiciones transitorias se desarrolló la competencia contencioso administrativa, en la exposición de motivos se explicaba que se recogía y se hacía consistente la orientación jurisprudencial del Alto Tribunal (Congreso de la República, 1979:507). Se recogían en la ley creaciones de la Corte Suprema en su Sala Político Administrativa como el agotamiento de la vía administrativa y el pago previo, *solve et respete*, al margen de la ley por imitación del Consejo de Estado francés creador del derecho administrativo y el Tribunal Supremo español de también abundante labor pretoriana. Así la principal fuente de doctrina administrativa han sido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativo. Pero, primero, ¿es válida la creación de derecho por el juez?, órgano no electo, no ya para el caso sino de una manera paraestatutaria, con carácter general, en definitiva, ¿es legítima esa actividad pretoriana? Y segundo reúne esa jurisprudencia contencioso administrativa los requisitos de una norma, estabilidad y coherencia que permitan certidumbre en la predicción.

Para responder a esas cuestiones analizaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia contencioso administrativa producida entre enero de mil novecientos noventa y cuatro y junio de mil novecientos noventa y siete, por lo cual analizaremos sólo jurisprudencia emanada de la actual Corte Su-

prema de Justicia, si bien haremos referencia a sentencias anteriores en aquellas decisiones que se refieran a controversias resueltas por los así considerados *leading cases*, que se intentan estudiar por el método de los casos en todos los manuales de la materia y que la Corte misma parece considerar como tales casos señeros.

### 3. Legitimidad del control judicial

Primero debemos examinar la legitimidad del sistema del poder judicial que estatuye o sistema del precedente.

La idea de que el juez crea derecho en el caso particular ha sido objeto de rechazo desde los tiempos de la revolución francesa, pues todo acto de interpretación, desde que no hay una sola ley sino que se suman unas sobre otras contradiciéndose unas con otras y la existencia de una jerarquía, la falta de respuestas en los casos que la ley no previó, o bien, porque el juez piensa que no previó, deviene en "la transformación máxima de la ley" (Carnelutti, 1994:96), el resultado es una norma que previamente no existía porque no había sido concretado el mandato. Se ha dicho por la leyenda que Napoléon reaccionó con la frase "Mon code es perdu" cuando supo que "su" código era interpretado. Para evitar que el juez creara derecho surgió el Tribunal de Casación que se pronunciaba sólo sobre el derecho y no sobre la controversia y sólo sobre la desviación de la ley por parte del juez.

Pero no es esta la cuestión que nos ocupa aquí sino la posibilidad de un juez que estatuye de manera general a través del sistema del precedente, tal sistema sería antidemocrático ya que un cuerpo de funcionarios no electos, los jueces, no sometidos a control político decidirían lo que la ley es, no sólo en el caso en particular sino en los casos subsiguientes.

La Corte cuando sus decisiones se vuelven obligatorias estará legislando, estará comprometiéndose políticamente. Su actuación será equivalente a la de una aristocracia inamovible, sin origen

popular directo y apoyado por la fuerza de su pensamiento (The Economist. Editorial. 1997:25), que decide si la obra del legislador se aplica o no como convirtiendo la Constitución y la ley en cera en sus manos. Se ha dicho que el sistema del precedente, abre camino al gobierno de los jueces, a la oligarquía judicial (Cuenca, 1980:40). En definitiva, se está ejerciendo una función política por un órgano que no es responsable políticamente, que no está sometido a control (Jefferson, 1977:563) y sobre todo que no goza de la flexibilidad necesaria para resolver cuestiones políticas (Mc Closkey, 1994:47), mientras el Congreso a través de la negociación puede ajustar las leyes para aumentar el ámbito de la libertad.

La existencia de una Corte Suprema cuyas decisiones creen precedente y equivalgan a la ley atenta contra la democracia y deriva en la ilegitimidad de los Tribunales legislando, ya que no han sido electos democráticamente, ni están libres de abusar de su poder y no tienen responsabilidad alguna ante el electorado y se opone a una decisión ya aprobada por los otros poderes (Lowestein, 1979:308).

La idea democrática determina que el Congreso al elaborar la ley deba buscar satisfacer al votante medio sin que pueda obligar a las personas a ser libres ni darles aquello "que quieren pero no saben que quieren". Al buscar el centro debe negociar, ceder, transigir, en la democracia no puede haber absolutos, solo un toma y dame. El *logrolling* o compra y venta de votos es la única forma de que la democracia sea el gobierno del pueblo, por el pueblo y sobre todo, para el pueblo (Tullock, 1979:passim).

Este mecanismo permite ajustar las leyes a la medida de todos, pero la existencia de una Corte Suprema que puede desaplicar las leyes o que establece una nueva ley con una interpretación obligatoria se opone al proceso democrático, y somete a un cenáculo, en suma a un grupo aristocrático, la decisión final, y éstas no son mejores que las masas; piénsese en el fracaso de Vargas, y otros hombres bien preparados al dirigir Venezuela, o las élites a

los pies de Gómez o los fracasos de los auto denominados modestamente, "notables".

Añádase que las exigencias que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hace para un Magistrado lejos de mejorar el sistema lo empeoran. Se exige haber sido juez, lo que significa haber sido un funcionario no electo, por diez años, por lo que la ley se ha ido olvidando para convertirse en decisiones en serie y haberse ajustado a viejas leyes haciéndolo refractario al cambio. Haber sido litigante, o lo que es lo mismo haber visto el conocimiento sustituido por el "formalismo de los prácticos, vacío de principios" que a tantos absurdos lleva según Chiovenda (1994:123), o peor aún, haber sido docente universitario y por tanto haber vivido en la Torre de Marfil de la teorías aéreas, elucubrando y haciendo leyes, para lo hombres como deberían ser y no como son, como se queja Spinoza (1980: 17). Ya el sólo ser abogados los prepara no para esclarecer la ley sino complicarla pues la fuente de vida de los abogados es la ley oscura y ambigua que requiere un guía para entenderla.

Estos argumentos ponen en duda la legitimidad del sistema de control judicial, *stare decisis* o del precedente obligatorio.

Pero las decisiones de los tribunales son controladas por la posibilidad del Congreso de enmendar o reformar la Constitución, eso evita que la Corte se convierta en un poder supremo y es lo que evita que el control judicial sea ilegítimo (Tocqueville, 1984:106) pues ofrece un contrapoder real y efectivo. El dictar una nueva ley ajustada a la doctrina de la Corte sería ceder a su poder, pero puede enmendarse o reformarse la Constitución lo cual puede ser un proceso rápido, recuérdese la extrema velocidad para dictar la enmienda número 1 de la Constitución o la reforma de la Ley del Trabajo en 1983, después de una decisión de Casación. En el caso de reformarse, enmendarse o dictarse una nueva Constitución se inicia el ordenamiento jurídico, es el big bang jurídico, no hay un tiempo legal anterior por la que sus efectos pueden exten-

derse hacia el pasado y no hay posibilidad de reclamar la violación de la irretroactividad de la ley, pues no hay un tiempo legal anterior (Delgado, 1988:97). Distinta sería la reforma de la ley que sólo podrá afectar los efectos futuros de la sentencia.

Pero siendo ilegítimo democráticamente considerado, y sin tener fundamento legal ni constitucional, ¿cómo se desarrolla en Venezuela, de una manera exponencial, el recurso a la jurisprudencia como base de sentencias y alegatos?

En materia civil, el Código de Procedimiento Civil incorpora en 1986, una recomendación a los jueces que se basa en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil de 1916, de acoger en lo posible la doctrina de Casación a efecto de mantener “integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia”. (artículo 321.C.P.C), pero “sin intención de vincular ni enajenar la libre convicción de los jueces”, (Congreso de la República, 1986:444). Sin embargo, a pesar de la afirmación del proyectista acerca de no ser la jurisprudencia fuente de derecho (Idem), los jueces son convencidos por la doctrina judicial alegada por los litigantes. ¿Por qué?

Los motivos son varios: primero los jueces son hombres como cualquiera otro y son fácilmente llevados a la convicción por la falacia de la autoridad, “la verdad es una mentira dicha por alguien con autoridad” decía Lewis Carrol. Segundo lo que Calamandrei (1986:75), llama simplemente holgazanería mental; el estudio de cada caso exige un esfuerzo que se justifica evitar ante la gran cantidad de casos pendientes en los Tribunales, es preferible atenerse a lo ya hecho por otro. Por demás ese comportamiento obedece al tipo del funcionario no electo, dado que tiene asegurada su estabilidad, no tiene incentivos para desarrollar una labor eficiente y tratará de maximizar comodidad y prestigio (Posner, 1992:534); y lo segundo no se logra si las sentencias son revocadas. Así el Juez Superior seguirá a la Corte, y la Primera Instancia al Superior. Tercero, el progreso en el poder judicial depende

de seguir los precedentes, la Ley de Carrera Judicial utiliza como factor de medida de rendimiento, a los efectos de los ascensos, el número de sentencias confirmadas, revocadas o casadas. Y la resolución 1.212 del Consejo de la Judicatura considera que sólo si el porcentaje es superior al 75% demuestra una actuación excelente, eso bastará para que los jueces inferiores decidan según el precedente.

Pero ¿por qué la Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo seguirán sus propias decisiones?, si son Tribunales de única instancia.

En cuanto a la Corte Primera sus miembros son elegidos por la Corte Suprema de Justicia por períodos de cinco años, luego si quieren asegurar su continuación en la Corte la postura recomendable es atenerse al precedente.

Por demás en sentencia de marzo de 1997, la Corte Suprema de Justicia admitió con base en el artículo 4 de la Ley de Amparo un recurso de amparo contra una sentencia definitivamente firme de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. Este amparo sólo procede, según la propia Corte Suprema de Justicia, si el juez actúa fuera de competencia, si viola derechos constitucionales o si desconoce de manera flagrante la ley (Corte Suprema de Justicia, marzo 1997:55). Es decir, la Corte podría entrar a conocer de sentencias inapelables con lo cual acrecienta su control sobre la Corte Primera. Especialmente peligrosa es la última posibilidad de revisar por causa de la "ignorancia" pues fácilmente se puede crear tal impresión, y por demás permitirá la injerencia partidista o que los organismos de control cedan ante el "clamor popular" (Hamilton, 1982:337). Por demás esta posibilidad también los sujeta al control de la Corte Suprema en tanto la Ley de Carrera Judicial permite castigarlos por comprometer la respetabilidad judicial por ignorancia. El seguir los precedentes les garantiza la victoria en un recurso ante la Corte Suprema de Justicia si son castigados por ignorar la ley y aplicar el precedente.

Por qué la Corte Suprema habrá de mantener sus decisiones: primero porque aumentará su trabajo si hiciese un análisis del derecho en cada caso. Segundo, si la Corte modifica su criterio mostrará poca firmeza e irregularidad que disminuiría su prestigio pues los abogados no citarían las sentencias si a cada sentencia puede oponerse otra (Posner, 1992:542). Por demás si hay variaciones continuas de la jurisprudencia habrá inseguridad jurídica y por lo tanto mayor litigiosidad y mayor trabajo que atender, promoviendo el aumento del retraso procesal y la disminución de prestigio (Idem).

#### **4. Requisitos del precedente**

Para que una sentencia tenga valor como precedente debe emanar de la máxima autoridad, ser constante y reiterada, si cambia todos los días su valor como precedente es nulo. Reiterada significa dos o más sentencias idénticas o análogas (Corsi, 1994:191) pues el no haberse repetido puede obedecer a la composición accidental de la Sala, Suplentes o Conjuces pueden haber participado por permiso o vacaciones del principal. El que haya habido votos salvados no significa un futuro cambio, pues si la posición de la mayoría es firme, quien salve su voto en la sentencia presente, en la futura se vería obligado a cambiar para recibir los votos de sus colegas so pena de no ver su sentencia admitida. Si esto sucede, el que salva el voto modifica su voluntad, la posición esta firmemente establecida.

Las sentencias que tienden a ser genéricas, se ha dicho son imperfectas (Idem) pero tienen más posibilidades de sentar precedente pues serán utilizables en mayor número de casos al extremo de que en muchas oportunidades las dos partes en un juicio pueden citar la misma sentencia y el mismo texto de ella en apoyo de posiciones diametralmente opuestas. Luego no es razonable esperar que definan claramente un punto pues de hacerlo se corre el riesgo de que la sentencia no sea referida más que en casos excepcionales viendo disminuidas la utilidad del precedente y el presti-

gio del juez que no será citado con frecuencia. Entonces es de esperarse generalidad y equivocidad en el precedente.

Pero vayamos más allá, si tenemos un derecho hecho por el juez ¿debería ésta reunir los mismos requisitos de la ley? A los efectos de la predicción y en consecuencia de la certidumbre y como derivado de la certidumbre la seguridad jurídica y la libertad garantizada por el Estado de Derecho, la respuesta es sí, pues si la jurisprudencia va a tener peso en la decisión judicial o en el comportamiento de la Administración se necesita que al igual que la ley sea general, permanente y clara. La generalidad es requisito de la ley, si la ley se ajusta al derecho a la igualdad. Si la ley no es general y no se aplica a todos y se hacen excepciones no hay igualdad (Hayek, 1991:186).

Las leyes deben tener cierta permanencia, el hombre es un animal de hábitos y necesita tiempo para ajustar su conducta a una nueva norma. Cuando la ley está recién promulgada es de esperarse que por desconocimiento o desadaptación a lo nuevo o distinto, las sanciones se multipliquen. Si el costo que éstas representan excede los beneficios de violar la ley, tales infracciones cesarán y la persona se adaptará a la ley. Ese lapso ha sido medido en materia tributaria en diez años (Buchanann y Brennan, 1987). En consecuencia, debemos esperar que la interpretación judicial se mantenga en el tiempo. Pero no para siempre, la Corte Suprema en la sentencia "Panamerican World Airways" del 6 de mayo de 1981, estableció una solución al problema de las apelaciones a la Corte y recursos administrativos ante un tribunal y la consideró recursos contencioso administrativos y se afirmó que si bien no podía cambiar ni derogar las leyes si podía interpretarlas progresivamente para adaptarlas a los tiempos y consideró definitiva su posición (Corte Suprema de Justicia, 1981:274).

Pero unos meses después entró en vigencia la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que debió servir para revisar aquella decisión hoy todavía en pie, pues el surgimiento de nuevas

leyes, principios o ideologías, el cambio de circunstancias obligan a revisar los precedentes (Corsi, opus cit:191).

La ley debe ser coherente y establecido un principio deben seguirse sus consecuencias so pena de ser posibles dos interpretaciones contradictorias, lo mismo vale para la jurisprudencia.

## 5. Análisis de los hechos

En definitiva la sentencia que se convierta en precedente será sólo aquella que permita certidumbre en la predicción y evite los litigios (Komesar, 1996:148).

Para lo cual se identificarán los atributos de constante, general, permanente, esto último con relación solo a los *leading cases*, casos señeros. Se examinará la jurisprudencia contencioso administrativa de los repertorios por ser la única disponible y al día.

El análisis de la jurisprudencia abarca de enero 1994 a junio 1997, y constará de dos partes un análisis cualitativo que nos permitirá saber si las sentencias sobre el mismo punto son análogas, si son pacíficas, no necesariamente los votos salvados excluirán el carácter pacífico (supra). Y cuando se produzcan en materias en las cuales haya un *leading case* confrontaremos ambas sentencias. El segundo análisis cuantitativo permitirá determinar si es sólo una impresión el resultado del análisis cualitativo.

Los resultados. Los clasificaremos según su relación con el procedimiento contencioso-administrativo.

### 5.1. Competencia del Contencioso Administrativo.

#### Extensión y límites:

En materia de avocamiento se estableció que debe solicitarse el expediente y luego pronunciarse por "razones de interés público y social y restablecer el orden en un proceso o en caso de manifiesta injusticia" (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Mayo 1994: 120). En el mismo mes se decidió el avocamiento en base a la composición accionaria del demandado, empresa del Estado (Ibidem).

284). Y en ambos casos se consideró necesaria la afinidad de la materia con la Sala Política Administrativa, única con la competencia de avocarse. Pero en el mes de Agosto 1994, se añade que debe solicitarse siempre el expediente antes de decidir (Corte Suprema de Justicia. Pierre Agosto-Septiembre. 1994: 321). En Abril de 1995, se produce la avocación por conservar la continencia de la causa con lo cual se innova después de cuatro Sentencias que mantenían el mismo criterio anterior (Corte Suprema de Justicia Pierre. Abril 1995:82). Pero en noviembre de 1996, no considera la decisión sobre la nulidad o no de la elección del Alcalde motivo de interés público (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Noviembre, 1996:444). Por demás los precedentes que se citan son distintos en tres sentencias (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Noviembre 94:95, Julio 95:203 y octubre 1996:63).

En materia de la competencia de la Corte Suprema de Justicia fue pacífica con respecto a los contratos sobre ejidos casi siempre con un voto salvado y en dos ocasiones dos votos salvados y dos veces sin votos salvados. En materia de contratos administrativos, si bien se tiende a extender la competencia y no se admiten actos separables se encuentran dos sentencias absolutamente contradictorias. Así por ejemplo en Febrero 95 se reconoce la existencia de contratos administrativos y de derecho privado (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Febrero 1995:89), pero siempre es parte directa el Estado, los Estados o los Municipios ,y en Marzo 97 se admite la existencia de contratos administrativos celebrados por un concesionario, distinto por tanto de la República, Estados o Municipios (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Marzo 1997:101).

En materia inquilinaria se notan más vacilaciones, pues en Caracas sede de la Corte Suprema de Justicia la cuestión es especialmente sensible, y si la Corte toma posición firme en favor de inquilinos o propietarios se vería sometidos a un implacable ataque y podría motivar al legislador a intervenir con la consecuente pérdida de prestigio, personal de los jueces y colectivo del Poder Judicial (Posner, opus cit:521). Lo cual sería perjudicial para la

población pues al administrado no le conviene la debilidad del Poder Judicial, y su prestigio es su única fuerza. Así cuando correspondió decidir la regulación de jurisdicción para conocer sobre contratos de arrendamiento y su resolución se produjeron 42 sentencias con 20 votos salvados y la magistrada que salva siempre su voto es ponente 3 veces, en las cuales adhiere la posición de la mayoría (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Agosto, Septiembre 96:201). Lo cual convierte en pacífico el punto.

Pero al mismo tiempo se presenta lo siguiente: en mayo del 94 con base en el caso señero Daniel López Peitado la Corte decidió que el acto administrativo de la dirección de inquilinato que ordena el desalojo no es ejecutorio sino que sólo autoriza a recurrir al Juez, decisión sin votos salvados. (Corte Suprema de Justicia. Pierre, 1994:220). Pero en Julio decide que si es ejecutoria con sólo un voto salvado el 14 de julio, pero el 21 de Julio sin votos salvados vuelve a su posición de no ejecutoriedad (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Julio 1994:202 y 205). La posición sobre la ejecutoriedad se basa en el caso señero Arnaldo Lovera de 9-11-89) que tuvo en su oportunidad dos votos salvados (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Noviembre 1994:215). De nuevo en Diciembre 94, con 13 días de diferencia se acogieron ambos criterios con un voto salvado en uno de los casos (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Diciembre 1994:327 y 328). Y así en 8 sentencias se decidió que tiene el carácter ejecutorio y en otras 8 que no es ejecutorio.

En materia de competencia laboral la Sala Político Administrativa considera en sentencia de Abril de 1995, que si se trata de entes públicos si el reclamo es en materia laboral a esta especial competencia corresponde el conocimiento (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Pierre. Abril 1994:134). Y así se reitera en tres sentencias acerca de decisiones de Inspectores del Trabajo pero en Julio 96 se afirma que toda demanda contra el Estado por lo tanto sin importar la materia corresponde al contencioso administrativo (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Julio 1996:37).

En cuanto a la extensión de la competencia, se tiene establecido entre otros casos en el caso señor Jorge Olavarría, existe una cláusula general o revisabilidad de todo acto administrativo por los Tribunales de lo contencioso-administrativo (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Marzo 1993:71). Si la competencia del contencioso es plena no se limita a un carácter revisor, en concordancia con esto decide en Abril 94, que los vicios no explanados en vía administrativa pueden alegarse en vía contenciosa (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Abril 1994:84). Pero en Enero 96, la Corte ordena a la administración que resuelva el recurso jerárquico que declaró inadmisibile y no decide por si misma el fondo en expresión de una competencia revisora y no plena como indica el voto salvado (Corte Suprema de Justicia. Morales. Enero 1996:144). Y en materia de expropiación siguiendo la ley de expropiación dos veces se limita a la revisión de cuestiones de legalidad en la expropiación. Marzo 94 y Marzo 95 (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Marzo 1995:166). Pero en febrero 96 revisa los fines de la expropiación con lo cual extiende su competencia. (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Febrero 1996:83)

En una materia de poca polémica como es la obligatoriedad o no de la consulta sobre la jurisdicción se produce un cambio de posición y luego se reitera en dieciséis oportunidades en el sentido que no admite consulta si el juez afirma su jurisdicción frente a la administración.

### **5.2. Requisitos de procedibilidad de los recursos:**

En esta materia se pronunció la Corte en temas como caducidad del recurso, nulidad de actos de efectos particulares, agotamiento de la vía administrativa, actos de efectos generales y actos de efectos particulares. Se pronunció sobre los requisitos de los recursos de abstención y de interpretación y los resultados del análisis son los siguientes:

En materia de notificación del acto administrativo en sentencia de Febrero 94 exigió que se notificara el acto a pesar de que la

ley del Consejo de la Judicatura sólo exige publicarse pues la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos exige siempre notificación personal (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Febrero 1994:215) Pero en sentencia de Marzo 97 se establece que la publicación sustituye la notificación personal (Corte Suprema Justicia. Pierre. Marzo 1997:176). En tres sentencias se afirma que el lapso para recurrir es de 6 meses pero olvida que puede ser de 30 días si el acto es de efectos temporales y luego se ve obligada a precisar que las leyes pueden modificar ese lapso.

En cuanto a los actos generales y particulares se presenta la siguiente tesis. Acto de efectos generales es igual a acto normativo, acto general no normativo es igual a acto de efectos particulares. Pero esto no es definitivo, pues un acto puede ser de efectos generales o particulares según la posición del recurrente, se decidió así con un solo voto salvado en febrero 94 (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Febrero 1994:71) Pero en Diciembre del mismo año con un voto salvado de otro magistrado se distinguió sólo entre acto particular y general (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Diciembre 1994:203). Luego se vuelve a la posición de Febrero 94, y salva su voto de nuevo la primera Magistrado y un nuevo Magistrado (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Agosto-Septiembre 1995:76). Pero en Enero 96 se ratifica la primera posición ahora sin votos salvados (Corte Suprema de Justicia. Morales. 1996:86).

En cuanto al recurso de abstención se pronunció en nueve ocasiones y ocho de ellas siguió la doctrina del caso Igor Vizcaya Paz (Brewer 1997:599) y se admite si y sólo si hay una obligación legal específica, pero en la quinta sentencia en el lapso de estudio, se declaró admisible ante la omisión genérica que representa la violación del derecho de petición (Corte Suprema de Justicia. Pierre Mayo. 1995:75).

En cuanto al recurso de interpretación se planteó en 14 oportunidades antes de diciembre 96 y en todas se exigió la conexión con un caso como condición *sine qua non* para intentar el recurso:

“El recurso se dirige a la determinación del alcance e inteligencia de los textos de la ley en un caso concreto” (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Noviembre 1996:383)

Pero en Diciembre 96 un ex magistrado de la Corte intentó un recurso de interpretación de la norma sin conexión con caso concreto alguno, basándose en su condición de litigante y el recurso es admitido (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Diciembre 1996:249). En Mayo 97 otro litigante intenta el recurso y se le declara inadmisibile (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Mayo 97:157).

### **5.3. Cuestiones de Fondo respecto a los actos administrativos y las acciones contra la República**

Aquí las cuestiones planteadas se redujeron prácticamente a cuatro: competencia incluyendo delegación, motivación, motivos y desviación de poder.

En cuanto a la competencia en sentencia de Junio 94 de acuerdo con los casos señeros Maraven, S.A. Philip Morris, se decidió que se requiere una incompetencia manifiesta para declarar la nulidad (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Pierre Junio, 1994:113). Pero en Junio 1997, la Corte retrocede a los casos señeros anteriores al caso Maraven, S.A. o caso Cervecería de Oriente (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Agosto-Septiembre 1990:136) según el cual basta cualquier grado de incompetencia para declarar la nulidad. Tuvo un voto salvado. (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Junio 97:209).

En materia de delegación en octubre 94, se dijo que:

(la delegación) es una facultad escueta y condicionada .... a un reglamento que no ha sido dictado, no puede ser ejercida en otra forma (Corte Suprema de Justicia. Pierre Octubre 1994:170).

Pero en Julio 96 se dijo:

“La norma transcrita ... señala (la delegación) se hará conforme lo establezca el Reglamento. Esta expresión no puede ser entendida como limitativa de la atribución en el -sentido de que no basta con la habilitación legal” (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Julio 1996:71).

En ninguna de las dos sentencias hubo votos salvados.

En once casos se pronunció sobre la motivación y en diez de ellos, a falta de la expresión formal de ellos, si por el expediente es posible conocerlos o aún si se limita a reproducir los argumentos del inferior se obvió la falta del requisito (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Agosto-Septiembre 1995:817). Pero en Febrero 95 estando presente la motivación, errónea pero presente anula el acto por falta de motivación (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Febrero 1995:121).

Respecto a la responsabilidad patrimonial de la administración pública se producen siete sentencias. En la primera enero 94, se acepta la tesis mas moderna de la teoría del riesgo (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Enero 1994:87). Y acuerda la indemnización por limitaciones al derecho de propiedad, pero en tres sentencias con dos votos salvados sobre limitaciones a la propiedad negó indemnización en el mismo caso (Corte Suprema de Justicia. Pierre, Octubre 1994:234, Noviembre 1994:165, Diciembre 1994:373). Y en enero 96 se exigió demandar la nulidad del acto administrativo antes de reclamar los daños (Corte Suprema de Justicia. Morales. 1996:75). Lo cual es inconsistente con la teoría del riesgo y responsabilidad sin falta. Y en febrero 97 (Corte Suprema de Justicia. Pierre Febrero 97:84) se negó la solidaridad del Estado con el funcionario retrocediendo a las más antiguas teorías sobre responsabilidad desde la más nueva a medida que el tiempo avanza.

#### 5.4. Suspensión de los efectos del acto

En materia contencioso administrativa lo más importante es la medida cautelar pues dada la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo este se ejecuta no obstante el recurso y el proceso puede ser una esgrima inútil.

En cuanto a la fundamentación la ley establece que en los casos que la ley lo autorice pero la Corte considera en julio 94 que los casos de autorización de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no son aplicables en la Corte (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Julio 94:100) pero en abril 94, se consideró que los vicios de nulidad absoluta en vía judicial son los de la misma ley de procedimientos (Corte Suprema de Justicia. Pierre abril 1994:83).

En cuanto a los actos susceptibles de suspensión la Corte se pronunció en ocho oportunidades y en cuatro casos se negó expresamente en caso de efectos generales pero en febrero de 95 el voto salvado cita sentencias de 20-10-92 "Claudio Fermín", 15-4- y 15-02-93 casos votos salvados "Soto Luzardo" y "Elecciones Sucre y Barinas" en los cuales se suspendió la ejecución de actos de efectos generales. Y en dos casos más se concede la suspensión de actos de efectos generales (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Marzo 1997:84). En cuanto a las medidas innominadas en marzo 94 se les consideró aplicables sólo en ausencia de medidas nominales (Corte Suprema de Justicia. Pierre.. Mayo 1994:74) y se ratificó en junio 94 y el mismo mes se les aplica junto a las nominadas (Corte Suprema de Justicia. Pierre, junio 1994:81 y 141). Y en febrero 95, se afirma de nuevo que no sustituye a la suspensión. Respecto a las medidas innominadas se afirma en febrero 96, que debe haber partes antes de dictar la medida cautelar innominada (Corte Suprema de Justicia. Pierre. Febrero 96:179) Y se repite en Marzo 96, pero en Julio 96, no se exige la constitución previa de partes (Corte Suprema de Justicia. Pierre Julio 96:274).

En cuanto a los actos que pueden ser suspendidos se produjeron sentencias contradictorias en las cuales se niega la suspensión de actos revocatorios y otros en los que se concede. Así se suspende la revocatoria de las jubilaciones de diputados a la Asamblea pero se niega la suspensión del pago de los salarios caídos a un trabajador.

Las sanciones se suspenden en algunos casos y otros no. Sin embargo no se extenderá mas la transcripción de ejemplos y así se concluye.

### **Conclusiones**

El Estado de Derecho exige certidumbre respecto de las normas a aplicar en caso de conflictos entre el Particular y el Estado. La norma en el caso particular emana inevitablemente del juez pues la ley debe ser aplicada al caso particular que no es necesariamente contemplado por la norma.

Pero cuando la posición del juez se hace obligatoria para los jueces subsiguientes se erige en legislador y a diferencia de éste, no responde al control electoral de manera directa sino por intermedio del legislador. Pero es inevitable que actúe como tal pues la falta de incentivos para innovar y los castigos por hacerlo, así como el prestigio que acompaña a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia evita que se prodiguen los intentos por apartarse del precedente, que sin fuerza legal, tiene gran fuerza de hecho.

La jurisprudencia tenderá a ser genérica, haciéndola útil en más casos como fue predicho. Igualmente en los casos polémicos o sensibles políticamente dado que la Corte Suprema de Justicia no goza de discrecionalidad como la Supreme Court para dejar de conocer evitará como fue predicho decisiones firmes que sean objeto de intervención legislativa y rechazo popular, lo cual demuestra respecto por el poder democrático y resulta conveniente para la sociedad que requiere una Corte con prestigio, y para esta porque lo

conserva si evita conflictos en los cuales no puede participar con la fuerza que los otros poderes de origen democrático.

La jurisprudencia para valer como precedente debe ser pacífica, reiterada, y constante. El análisis de la jurisprudencia del período enero 1994- junio 1997, reveló que en general no reúne tales características observándose continuos cambios, decisiones inconsistentes con los principios establecidos en otras sentencias por lo cual se ha sobrevalorado la importancia de ello como fuente de derecho de manera general. Lo cual significa además que el grado de incertidumbre es tan alto que toda predicción es imposible lo cual impide el cálculo institucional y entorpece las posibilidades de desarrollo político y especialmente económico dado el grado de hipertrofia de la intervención estatal en la economía.

En fin, la incertidumbre se convierte en un factor que reduce la libertad pues no se puede tener conocimiento previo de lo que está permitido o no, dado que la interpretación posible de la norma es exageradamente variable.

### Lista de Referencias

- Binmore, Ken; **Teoría de juegos**. Mc Graw Hill. España. 1994.
- Brewer Carias, Allan; **Instituciones Políticas y Constitucionales** Tomo VII. Editorial Jurídica Venezolana UCAT. San Cristóbal 1997.
- Buchanan, James y Brennan, Geoffrey; **El Poder Fiscal. Fundamentos Analíticos de una Constitución Fiscal**. Unión Editorial. Madrid. 1987. (1980), Buchanan y Tullock, Gordon. **El Cálculo del Consenso**. Espasa-Calpe. 1979.
- Calamandrei, Piero; **La Casación Civil**. Ediciones Jurídicas Europa América. 1986.
- Carnelutti, Francesco; **Derecho Procesal Civil y Penal**. Editorial Pedagógica latinoamericana. México 1994.
- Chiovenda, Giuseppe; **Estudios de Derecho Procesal Civil**, Editorial Pedagógica Latinoamericana. México. 1994.

- Congreso de la República de Venezuela; **Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de La Corte Suprema de Justicia, El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela.** Instituto de Derecho público. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1979.
- ; **Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil.** Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 1986.
- Corsi, Luis; **Apuntamientos sobre el procedimiento por intimación.** Editores Caracas. 1994.
- Corte Suprema de Justicia. Morales Cabello; **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.** Samadi. Caracas. Enero 1996.
- Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. (compilador); **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.** Pierre Tapia, Caracas. Enero a Diciembre 1994. Enero a Diciembre 1995. Febrero a Diciembre 1996. Enero a Junio 1997.
- Corte Suprema de Justicia; **Gaceta Forense.** Tercera Etapa. Vol. I. No. 112. Corte Suprema de Justicia. Caracas. (Abril-Junio) 1981.
- Cuenca, Humberto; **Curso de Casación Civil.** Caracas. Ediciones de la biblioteca Universidad Central de Venezuela. 1980.
- Delgado Ocando, José; "Contribución al análisis teórico de la leyes orgánicas y de su interpretación". Separata de la **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas** No. 70. Caracas U.C.V. 1988.
- Dworkin, Ronald; **El Imperio de la Justicia.** Gedisa Barcelona. 1992.
- García, Laura; "Sobre la motivación de las decisiones judiciales". **Frónesis.** Vol. 3. No. 1. Maracaibo, Instituto de Filosofía del Derecho. LUZ. 1996.
- Hamilton Madison y Jay; **El Federalista.** Fondo de Cultura Económica. 1982 (1943).
- Hayek, Friedrich; **Camino de servidumbre.** Alianza Editorial. Madrid 1990. (1944).
- ; **Los fundamentos de la libertad.** Unión Editorial. España. 1991.

- Hernández, Augusto; "Justicia ñera y playera". **El Nacional**. 25 de Agosto de 1997.
- Jefferson, Thomas; "*Letter To Judge Speencer Roane*" en the **Portable Thomas Jefferson**. Peterson. Merrill (editor) Penguin Books. Estados Unidos. 1977.
- Kreps, David; **Teoría de juegos y modelación económica**. Fondo de Cultura Económica. México 1994.
- Komesar, Neil; ***Imperfect alternatives Choosing institutions in law, economics and publics policy***. Chicago The University of Chicago Press 1996.
- Lowestein, Karl; **Teoría de la Constitución**. Seix Barral. Espasa. 1979.
- Mc Closkey, Robert (Revisado por Levinson Sanford); ***The American Supreme Court***. Chicago. The University of Chicago Press. 1994.
- North, Douglas; **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.
- Perelman, Chaím; **El imperio retórico. Retórica y argumentación**. Norma Bogotá 1997.
- Popper, Karl; **La lógica de la investigación científica**. Tecnos. 1990. (1934).
- Posner, Richard; ***Economic Analysis of Law***. Little, Brown and Co. Boston. 1992.
- Ross, Alf; **Sobre el Derecho y la Justicia**. Eudeba. Buenos Aires. 1964.
- Spinoza, Baruch; **Tratado Político. Tratado Teológico Político**. Editorial Tecnos. Madrid. 1980.
- Vogel, Thomás; "En Venezuela la burocracia frena nuevas inversiones". **The Wall Street Journal. El Nacional**. 17 de julio de 1997.
- The Economist; Editorial "*Judges, suicide and resurge of states*". **The economist**. Londres. 5 de Julio de 1997.
- Tullock, Gordon; **Los motivos del voto**. Espasa-Calpe. España. 1979.