

El carácter subjetivo del sistema contencioso administrativo

Manuel Rojas Pérez*

El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (ésta predominantemente, potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados. No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes”
Eduardo García de Enterría

Resumen: *En el trabajo se analiza la evolución del control de sistema contencioso administrativo en cuanto a su objeto. En tal sentido, se hace un análisis de cómo nace el sistema contencioso administrativo como una figura de mera revisión objetiva de los actos administrativos, para luego, dar un vuelco espectacular en la concepción del sistema, desde que el juez aprecia no sólo al legalidad o no de la actividad administrativa sino los derechos subjetivos de los ciudadanos, todo ello, con base en la tutela judicial efectiva, y el Estado de Derecho.*

SUMARIO

- I. EL CARÁCTER OBJETIVO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
- II. LA SUBJETIVIZACIÓN DEL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
- III. CONSIDERACIONES FINALES

El Estado de Derecho irrumpe en la regulación normativa de las naciones como una verdadera sublevación científica. Desde la entrada en vigencia de esta figura, se limitan los poderes absolutistas del Estado y de su Administración, y se propugnan como valores supremos y superiores los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos.

Tal situación se verifica con el sistema contencioso administrativo y su incesante renovación. Desde un primer momento, el contencioso administrativo se configuró como un sistema de control de la legalidad objetiva de los actos administrativos dictados por los órganos del Poder público. En ese sentido, el juez contencioso administrativo solo se limitaba a verificar la legalidad de los actos dictados en razón del *ius imperium*, sin entrar a considerar la posición jurídica del recurrente. La sentencia del juez contencioso administrativo tan solo declaraba la legitimidad del acto.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Contencioso Administrativo en la Universidad José María Vargas. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

Esto trajo varias consecuencias: en primer lugar, ante las omisiones el juez no tenía radio de acción, era completamente incompetente, ya que solo conocía de los actos dictados por la Administración y nunca por su actividad o funcionamiento en el sentido lato de la expresión.

En segundo lugar tampoco permitía al particular defenderse ante los daños causados por la Administración. Si el acto causaba un agravio al particular, este no podía reclamarlo ante el juez contencioso administrativo, sino que tenía que recurrir ante las instancias ordinarias, ya que el juez contencioso al verificar la sola ilegalidad del acto, no estaba facultado para ir más allá de la decisión administrativa. Tal situación hacía del contencioso administrativo un sistema puramente objetivo y sin partes.

La tendencia actual ha sido la de ir constantemente modificando tal situación. En Francia, cuna del recurso por *excès de pouvoir*, típico caso de un recurso contencioso administrativo objetivo, la propensión ha sido a dinamitar tales efectos, al punto de crear una nueva concepción, plenamente subjetiva y judicial, del contencioso administrativo¹. De igual manera en España ha cambiado el contencioso de tal manera, que la noción del mismo es totalmente judicialista y subjetiva, atendiendo a los requerimientos de la tutela judicial efectiva².

Por su parte, la jurisprudencia venezolana se ha encargado de ir modificando poco a poco la concepción objetivista del contencioso administrativo, para dar paso a esa búsqueda de la reparación de los daños causados a los justiciables por cualquier acción u omisión ilegal e ilegítima de los órganos del Estado.

Así, se entiende hoy día que el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no solo debe considerarse como una norma atributiva de competencias judiciales a un conjunto de órganos que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, sino como una norma fundamental de la Constitución, que consagra, además, el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración³.

I.- El Carácter Objetivo del Contencioso Administrativo.

El contencioso administrativo nació de un principio, el de la separación de las funciones administrativas y judiciales, afirmado en la Ley 11-24 Agosto de 1790, dictada luego de la caída de la monarquía francesa, con lo que aparece una jurisdicción que terminó siendo independiente del orden judicial, sistema de justicia que sirvió de modelo a los diversos Estados de régimen administrativo⁴.

-
1. A todo evento, véase en cuanto a los cambios en el contencioso administrativo francés, Eduardo García de Enterría, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa, Monografías Civitas*, Editorial Civitas, Madrid, 1992; Roland Drago, "Un Nuevo Juez Administrativo" en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías. Contencioso Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1995, y; Luís A. Ortiz Álvarez, *Revolución Francesa y Justicia Contemporánea*, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos N° 7, Caracas, 2003.
 2. Para el tema del contencioso administrativo español recomendamos la lectura del profesor Antonio Canova González. "La Agonía del Contencioso Administrativo Tradicional. A propósito de la nueva Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio" en *Revista de Derecho Administrativo* N° 4, Editorial Sherwood, Caracas, 1998.
 3. Allan R. Brewer-Carías. "Consideraciones sobre el Contencioso-Administrativo como un Derecho Constitucional a la Tutela Judicial frente a la Administración" en *Revista de Derecho Público* N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 5.
 4. Antonio Moles Caubet, "El Sistema Contencioso Administrativo en el Derecho Comparado" en

De la revolución francesa nace el concepto del acto arbitrario, que dio paso al recurso por exceso de poder, que es el acto de un agente público que no está por su competencia o por su contenido legitimado en la ley⁵.

Así, cualquier acto emanado de la nueva Administración podía ser impugnada por ante el recién creado Consejo de Estado, por ser arbitrario. En definitiva, la tendencia era a mantener la imperatividad del principio de la legalidad ideado por Montesquieu, por lo que la Administración era efectivamente controlada, pero no por el poder judicial, sino por la propia Administración⁶.

En fin, al quedar la Administración en una posición jerárquica similar a la de los jueces y a la vez excluida del control de estos, se configuró el contencioso administrativo no como un control judicial sino como un autocontrol administrativo⁷. Esta primera etapa, en la cual el *Conseil d'Etat* fungía solo como un órgano consultivo, se conoce como la época de la “justicia retenida”.

Con el paso del tiempo se dictó la Ley de 24 de mayo de 1872 por medio del cual se le otorgó al Consejo de Estado plenos poderes, dejando este de ser un simple órgano asesor del Gobierno para adquirir plena independencia, con funciones claramente jurisdiccionales, aunque aún clavada en la propia Administración, con lo que la “justicia retenida” es sustituida por la “justicia delegada”.

Ya con la *loi du 24 mai 1872*, se le dio carácter formal a los recursos de plena jurisdicción y exceso de poder, respectivamente, bajo las cuales en verdad se armaría el Derecho administrativo⁸. Es bueno señalar que en la época de la justicia retenida, los actos arbitrarios podían ser denunciados por ante el Consejo de Estado, pero solo como una especie de vía de petición. No era como tal una acción, sino simplemente se le informaba a la Administración de la ilegalidad de la actividad administrativa en concreto.

Contencioso Administrativo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 10, Caracas, 1989, p. 9.

5. Eduardo García de Enterría; Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas Ediciones S.L. Octava Edición, Madrid, 2002, p. 562.
6. Aunque no es tema del presente trabajo, es bueno recordar que el sistema contencioso administrativo “se organizó históricamente sobre la base explícita de una exención judicial del Ejecutivo, lo cual puede parecer paradójico, pero es un hecho”. García de Enterría. “Hacia una Nueva ...”. *Ob. cit.*, p. 27, ya que el contencioso administrativo “se ha ido configurando partiendo de un principio, el principio de separación de las funciones administrativas y judiciales, (...) con lo cual aparece una jurisdicción que acaba siendo independiente, tanto del orden judicial como de la administración activa”. Moles Caubet. “El Sistema ...”. *Ob. cit.* p. 9. En definitiva, “el empleo del término “contencioso-administrativo, originado en Francia, se debió a la circunstancias de que eran tribunales de la Administración –pues a los tribunales judiciales les estaba prohibido intervenir– los que decidían los conflictos entre dicha Administración pública y los particulares”. Luís Beltrán Guerra Guerra. “La Actuación de la Procuraduría General de la República en el Contencioso Administrativo” en *Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1986, pp. 176-177.
7. Antonio Canova González. *Reflexiones...*, Editorial Sherwood, Colección Contencioso Administrativo N° 1, Caracas, 1998, p. 28.
8. Luís A. Ortiz Álvarez. “Revolución Francesa...”. *Ob. cit.*, p. 130. Sin embargo, como bien recuerda Canova, se crearon en esa ley otros dos recursos, el de interpretación y el de represión, de menor importancia y efectividad. Canova González. “Reflexiones...”. *Ob. cit.*, p. 29.

Sin embargo, con la vigencia de la justicia delegada, el recurso por exceso de poder, no obstante haber dejado de ser una simple vía de petición, preservó en buena medida las características anteriores, a saber: se seguía considerando como una forma de controlar el apego de la actividad administrativa a la legalidad objetiva, y; a la vez, que los particulares no defendían verdaderos derechos subjetivos, sino en todo caso simples intereses⁹.

En efecto, con la defenestrada justicia retenida, el particular denunciaba simplemente que un acto administrativo se había dictado sin basamento legal, o con una base ilegal, con lo que el Consejo de Estado verificaba la legalidad o no de la actuación, y hasta ahí se limitaba. Con la justicia delegada tal situación no varió ni en la forma ni el fondo de manera importante, ya que el particular recurría de un acto administrativo que le causaba un agravio, y el Consejo de Estado verificaba que el acto cumplía o no con los requisitos de ley, y también se limitaba a ello.

El particular no acude al contencioso administrativo a defenderse, sino simplemente a señalar la ilegalidad de una actuación administrativa, que de ser anulada evidentemente le favorecerá, pero solo en relación a la nulidad del acto y no en cuanto al daño causado por el mismo. El recurso por exceso de poder pretendía simplemente reprimir las irregularidades más *chocantes y groseras de los administradores*¹⁰.

En efecto, la forma de ver al control de los actos de la administración no cambió con la justicia delegada. Los hábitos adquiridos pesan demasiado para admitir de entrada que se trate de una justicia subjetiva, en la que los recurrentes defienden, como es común sus posiciones¹¹. Por ello se habla de un recurso objetivo en el cual, a diferencia de los procesos ordinarios, no son derechos subjetivos sino la legalidad objetiva lo que es materia de valoración del fallo.

Así, no se habla de un verdadero proceso entre partes, sino un mero proceso al acto. La sentencia sólo podía concluir en la simple anulación del acto administrativo impugnado y no en la declaración de ningún derecho, ni aún de una indemnización, a favor del recurrente, y mucho menos en la condena de cualquier especie dirigida a la Administración como sujeto, la cual propiamente, no sería verdaderamente parte en el sentido procesal de la expresión.

En efecto, se negaba el carácter de parte tanto al particular demandante como a la Administración que acude al proceso a defender el acto o disposición cuya anulación se pretende. Respecto del primero, porque obra procesalmente en interés público; respecto de la segunda, porque la posición de parcialidad asumida por la Administración en el proceso administrativo es puramente formal, ya que la imparcialidad del Estado se refleja también en los órganos administrativos¹².

El demandante no sería una parte, porque no ejercita ningún derecho propio para el que pida tutela, sino que simplemente pone en marcha un proceso de control objetivo de los actos administrativos que impugna, por lo que no es el interés del recurrente en que se examinará en la sentencia de fondo, ya que ese interés solo servirá para pasar a examen la validez del

9. Canova González. "Reflexiones...". *Ob. cit.*, p. 29.

10. García de Enterría; Fernández. "Curso...". *Ob. cit.* p. 37.

11. *Ídem.* p. 38.

12. Jesús González Pérez. "Las Partes en el Proceso. Terceros Intervinientes Coadyuvantes" en *Primeras Jornadas...* *Ob. cit.* p. 161.

acto impugnado, sin otro parámetro que el del derecho objetivo¹³. Tal situación en cuanto a la indefensión de los derechos subjetivos de los particulares se denota en que ese contencioso objetivo implicaba que la jurisdicción de mérito subsiste solo para casos taxativos¹⁴.

Otras de las importantes consecuencias que traía esta concepción de la justicia administrativa, como un sistema objetivo, era que al ser un proceso directamente al acto, las actividades administrativas controladas se limitaban a regular la legalidad de actos administrativos positivos, esto es, efectivamente promulgados. Así, toda inactividad u omisión de la Administración no era controlable por el Consejo de Estado.

Asimismo, toda actuación material ilegal, como son las vías de hecho, no eran tampoco fiscalizadas por el contencioso administrativo, lo que reducía el radio de acción de los particulares interesados en la nulidad de los actos. Todo lo cual conduce a que el fallo no pueda imponer a la Administración que no actúa como demandada, nada en absoluto, ni declarar a favor del recurrente, que tampoco ejerce titularidades propias. La sentencia de este recurso por exceso de poder debería limitarse a un pronunciamiento abstracto: declarar la anulación del acto impugnado. Nada más. Al recurrente no le conciernen ya las consecuencias de ese fallo.

En fin, de la justicia retenida se heredó una singular forma de controlar a la Administración y de “resguardar” los intereses de los particulares, los cuales en ningún momento son derechos subjetivos, sino en todo caso, intereses legítimos lo que se intentaba salvar.

Esos derechos subjetivos –los cuales son situaciones de interés evidentemente privados, en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular, con el cual puede imponer a la Administración una conducta- eran pasados por alto por la forma en que estaba concebido el contencioso de anulación, el recurso por *excès de pouvoir*.

II.- La Subjetivización del Sistema Contencioso Administrativo

El paso del tiempo, estas posturas han ido matizándose, al punto de que en Francia, por ejemplo, el sistema contencioso administrativo ha dado un vuelco contundente en cuanto a su forma de concebir la justicia administrativa.

Lo primero que hay que señalar es que no puede aceptarse el concepto de un recurso objetivo o en puro interés de la legitimidad. Tal situación puede admitirse en los casos de las acciones populares, como los recursos de inconstitucionalidad de las leyes a que se contrae el artículo 5 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Pero fuera de este limitado ejemplo, los recurrentes siempre defienden sus derechos.

Aquella errada concepción de que el contencioso administrativo configura un proceso sin partes se cae por su propio peso, ya que *“en el proceso administrativo, como tal proceso, también se deduce una pretensión de una parte frente a otra.*

13. Eduardo García de Enterría. “Hacia una Reconstrucción de la Justicia Administrativa. El Problema de los Derechos Reaccionales y la Subjetivización de los recursos llamados Objetivos” en *Revista de Derecho Público* N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 25-26.

14. Massimo Severo Giannini. “Comparación entre los Sistemas del Contencioso Administrativo” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 33, Caracas, 1966, p. 79.

En consecuencia, en el proceso administrativo, al igual que en los demás procesos, se da la existencia de partes procesales¹⁵. La fórmula del Estado de Derecho, que pasa a ser un elemento crucial en el siglo XX, propugna la observancia suprema a la actividad jurisdiccional¹⁶.

Ya no tiene sentido constitucional pretender limitar la competencia de los tribunales contencioso administrativos a las solas cuestiones de ilegalidad objetiva, ya que el constitucionalismo moderno plantea un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, por lo que el sistema contencioso administrativo se configura constitucionalmente, como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares¹⁷.

El cambio de concepción deviene de la entrada en vigencia de la figura de la tutela judicial efectiva, la cual deviene del Estado de Derecho. La tutela judicial efectiva viene a ser un derecho fundamental mediante el cual se le garantiza a todo ciudadano el respeto y la protección de sus derechos a través de los órganos de justicia¹⁸. La tutela judicial efectiva se configura como un derecho subjetivo de carácter prestacional frente al Estado, que además por su indudable relevancia ha adquirido jerarquía de derecho fundamental, al ser tratado en gran parte de las constituciones contemporáneas¹⁹ y en tratados internacionales de derechos humanos, especialmente a partir de la segunda guerra mundial²⁰.

La tutela judicial efectiva ha resultado de importancia capital para el sistema de justicia administrativa en cuanto a la subjetivización del mismo en pro del justiciable. En efecto, afirma el maestro García de Enterría que el contencioso administrativo está incluido en los

15. González Pérez. "Las Partes...". *Ob. cit.*

16. María Luisa Acuña López. "Algunas Notas relacionadas con los Principios Constitucionales que regulan el Sistema de Justicia Venezolano y su Alcance en la Jurisdicción Contencioso-administrativa" en *Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas, 2001, p. 4.

17. Allan R. Brewer-Carías. "La Universalidad del Control Contencioso Administrativo" en *Revista de Derecho Público* N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 7.

18. A pesar que no es materia del presente trabajo, no está de más señalar que somos de la opinión que la tutela judicial efectiva no solo se aplica a los órganos jurisdiccionales, sino que los órganos de la Administración pública se encuentran en la obligación derivada de la Carta Magna de otorgar una efectiva tutela a los derechos de los administrados.

19. Podemos señalar que, entre otras, la Constitución alemana consagra la tutela judicial efectiva (*Reschtsschutzgarantie*) en el artículo 19.IV, que dice: "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria". De igual manera el artículo 24 de la Constitución italiana proclama que: "Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos". Asimismo el artículo 24 de la Constitución española reza: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Acerca del sistema contencioso administrativo en estos y en otros países puede verse la grandiosa obra: Javier Barnés Vázquez (Coordinador). *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Monografías Civitas, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993.

20. Antonio Canova González. "Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional" en *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 22.

parámetros de la tutela judicial efectiva, por lo que esta se convierte en una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos y por tanto una tutela de posiciones subjetivas²¹, por lo que, “*la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés de excès de pouvoir, la idea de un proceso al acto, ha concluido en España*”²². Pues bien, puede decirse con el maestro, que en Venezuela tal concepto también ha finalizado.

Lo que mueve al recurrente no es un neutro interés por la legalidad. Sería absurdo pensar que los recurrentes inician un proceso judicial, que cancelen los honorarios de abogados, que se defiendan en proceso y gasten energías por el solo hecho de la legalidad objetiva de un acto, sin que el juez pueda responderles por algún derecho lesionado.

Como dijimos, hay acciones que evidentemente tienen todo el carácter de objetivos, como las acciones populares, pero evidentemente en la acción de nulidad, el recurrente detenta un verdadero interés en las resultas del fallo. Lo que en verdad moviliza al recurrente es el hecho de considerar que la Administración le ha causado un daño, le ha perjudicado al actuar fuera de la legalidad, y que ese perjuicio, por tanto, debe ser descartado mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. En palabras de García de Enterría y Fernández, aquí se conectan el derecho subjetivo y la legalidad objetiva en un solo interés²³. En fin, el particular recurre de la actividad administrativa en razón de su derecho subjetivo, el cual considera lesionado.

Es de hacer notar el comentario que realiza el profesor Canova²⁴, que la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva no constrañe a que todos los procesos judiciales sean de naturaleza subjetiva, a que tengan por finalidad la defensa de tales situaciones jurídicas subjetivas, y si así fuera, no tuvieran asidero constitucional las acciones populares. El derecho a la tutela judicial efectiva implica para el contencioso administrativo que cada vez que alguien pide auxilio judicial de sus derechos e intereses debe otorgarse tal protección por parte de los tribunales de forma cierta, real, verdadera y verificable. Por ende, siempre será exigible la tutela judicial efectiva en los procesos en que se diluciden controversias de derechos e intereses de los particulares.

En definitiva, en la interpretación de la función revisora de la jurisdicción contencioso administrativa debe primar la tesis jurisprudencial más progresiva por estar en juego “*un derecho fundamental de “todos”, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”²⁵.

Suscribimos la apreciación de los doctrinarios García de Enterría y Fernández cuando señalan que resulta completamente equivoco pretender que no hay derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma destinada a servir sólo al interés general²⁶.

En verdad, todas las normas objetivas, no solo las administrativas, tienen fundamento en el interés general. Pero donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, habiendo violado la norma,

21. García de Enterría. *Hacia una Nueva...*, *Ob. cit.* p. 60.

22. *Ídem*.

23. García de Enterría; Fernández. *Curso...*, *Ob. cit.* p. 45.

24. Canova González. *Tutela Judicial...*, *Ob. cit.* p. 46.

25. Vicente Gimeno Sendra; Víctor Moreno Catena; Pascual Sala Sánchez. “Derecho Procesal Administrativo”. Editorial Centro del Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2001. p. 3.

26. García de Enterría; Fernández. *Curso...*, *Ob. cit.* p. 46.

causa un perjuicio personal al ciudadano, siendo evidente que tal acción se otorga en interés del ciudadano, que en tal sentido la ejercita. Por ende, si la norma toma en consideración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición del derecho público subjetivo²⁷.

De todo esto se pueden deducir varios efectos de la subetivización del contencioso. El primero de ellos, el más relevante, es el relativo al control de toda la actividad administrativa, y no solo de los actos que de ella emanen. En efecto, todas las actuaciones de la Administración pública son controlables por la jurisdicción contenciosa administrativa. Recuérdese que la Administración pública se manifiesta bien mediante actos, bien mediante hechos.

De esta manera, todos los actos administrativos son judicialmente revisables. Pero asimismo, todos los hechos de la Administración pública que no se hayan producido por mandato de un acto administrativo, son impugnables por ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por último, dentro de los hechos de la Administración pueden encontrarse a los hechos positivos y a los hechos negativos, por lo que puede decirse que la justicia administrativa llega hasta las actuaciones materiales de la Administración, así como a las omisiones o a la inactividad de la Administración.

En cuanto a los hechos administrativos controlados por el sistema contencioso administrativo, encontramos a la vía de hecho. Tal figura implica el comportamiento material lesivo de derechos o garantías constitucionales, de la cual su nota común es la irregularidad del comportamiento material por falta de un acto administrativo previo, suspensión de la autotutela ejecutiva, o carencia de eficacia, situaciones a las cuales hay que agregar los supuestos de no coincidencia entre el título jurídico y la ejecución, y de indebida ejecución, por tratarse de casos en los que ella requiere de la intervención judicial²⁸.

En fin, la vía de hecho constituye una actuación material sin basamento legal, del cual, el ejemplo más típico es la actuación de la Administración sin la existencia de un acto administrativo que permita tal actuación, o que se realice la misma con un acto administrativo previo pero sin la existencia de un procedimiento administrativo que haya permitido ejercer el derecho a la defensa del interesado lesionado en su derecho.

Cuando la Administración usa un poder del que carece legalmente²⁹, o cuando la Administración no procede de acuerdo a la norma que le otorga poder³⁰, o cuando dicta una decisión sin previo procedimiento que permita a los afectados ejercer su defensa (*manque de procédure*)³¹, o cuando se ejecuta una decisión administrativa sin cobertura normativa o au-

27. Jesús Caballero Ortiz. "La Relación Jurídico Administrativa y las Situaciones Jurídicas de los Administrados" en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 17.

28. Julio Rodolfo Comadira, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 66. También véase Francisco López Menudo. *Vía de Hecho Administrativa y Justicia Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

29. Sentencia número 1473 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 13 de noviembre de 2000. Ponente: Magistrada Ana María Ruggeri Cova.

30. *Ídem*

31. Sentencia número 1378 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de octubre de 2000. Magistrado Ponente: Juan Carlos Apitz Barbera.

sencia de título normativo que faculte para ello (*manque de droit*)³², o cuando para asegurar la ejecución de una decisión se emplea excesiva o irregularmente un medio coactivo³³, o cuando se cometen flagrantes irregularidades durante la fase de ejecución de un acto válidamente dictado³⁴, estamos ante la ejecución de una vía de hecho.

La vía de hecho por lo general implica entonces la actuación de la Administración con inexistencia de acto administrativo previo, es decir, comprende todos los casos en que la Administración pública pasa a la acción sin acordar previamente la decisión en la que debe fundarla. La concepción tradicional objetivista se opone a la revisión judicial de la figura de la vía de hecho en cuanto a que la misma implica la inexistencia de un acto administrativo, por lo que objetivamente no existe acto sobre el cual hacer revisión.

En ese sentido, la actividad administrativa se ve a sus anchas, pudiendo realizar actuaciones materiales sin título normativo que lo faculte. Sin embargo, el carácter subjetivo de contencioso, que implica su ampliación y su universalidad, crea a favor del ciudadano un método de resguardo y efectividad de las garantías constitucionales. Así, con la concepción subjetiva de la justicia administrativa, la actividad realizada sin acto administrativo es controlada por la jurisdicción contenciosa administrativa. De tal manera, que no se revisa el acto, se revisa la actividad de la Administración³⁵.

Otro de los importantísimos efectos de la concepción subjetiva del contencioso administrativo radica en la tutela judicial frente a la inactividad administrativa. Ya dijimos que la Administración puede eventualmente realizar hechos administrativos sin acto administrativo que ampare tal situación o actuación material. Pero puede suceder que la Administración, estando obligada a realizar una actividad en concreto, omita realizarla.

En ese sentido estamos frente a la inactividad administrativa que es definida como el incumplimiento por omisión de la actuación administrativa jurídicamente debida³⁶, siendo que es requisito necesario para el recurso judicial competente la existencia de una obligación específica, contemplada en una norma legal, susceptible de ser individualizada en el particular afectado³⁷.

32. Sentencia número 1220 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 13 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Magistrada Evelyn Marrero Ortiz.

33. *Ídem*.

34. *Ídem*.

35. En efecto, el vicio de la vía de hecho ha sido repudiado por la jurisprudencia en lo contencioso administrativo. La sentencia más relevante fue la de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de septiembre de 1990, Caso: *Ganadería El Cantón*. Interesante resulta el estudio en cuanto a las vías de hecho realizado por el profesor Gilberto Guerrero Rocca. *Nuevas Orientaciones en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Editorial Libresca, Caracas, 2002, p. 257-284.

36. Daniela Urosa Maggi, *Tutela Judicial frente a la Inactividad Administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2003, p. 48. Otros autores han definido esta figura. Así Alejandro Nieto señala que es la ausencia de actuación de la Administración; mientras que Luciano Parejo Alfonso establece que la inactividad administrativa es la omisión administrativa de la actividad legalmente debida. Todas estas citas están referidas en la obra citada de Urosa Maggi, p. 44.

37. Véase Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 6 de diciembre de 1984, caso: *Teresita Aguilera*; de 28 de febrero de 1985, caso: *Eugenio Igor Vizcaya*; de 14 de agosto de 1991, caso: *Rosa Adelina González*; de 14 de marzo de 1991, caso: *Philip Morris Incorporated*. De igual manera, sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 17 de octubre de 1985, caso: *Metaral, C.A.*; de 29 de octubre de 1985, caso: *Alfredo Yanucci*

En el caso en concreto de la inactividad de la Administración, puede señalarse que pasa lo mismo que sucede con las actuaciones materiales ilegales de la Administración en cuanto a que no existe un acto administrativo al cual impugnar, por lo que, según el viejo sistema objetivo de justicia administrativa, mal podría controlarse la actividad omisiva de la Administración al no haber acto al cual atacar. Por ende, la actividad jurisdiccional en contra de la inactividad administrativa es un logro de la concepción subjetivista de la justicia administrativa.

Así, frente a la inactividad de la Administración, se ha creado la figura procesal del recurso por abstención o carencia, el cual constituye un remedio procesal que permite al administrado el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la abstención u negativa de los funcionarios a cumplir las actos a que está obligada por ley³⁸, lo que implica que frente a las omisiones de la Administración de un actuar debido, esto es, obligatorio para la Administración, el contencioso administrativo es competente para ordenar la actuación, y de ser el caso, realizar por medio del propio órgano jurisdiccional.

Otro de los efectos que este concepto subjetivista trae como consecuencia, refiere al tema de la legitimación. Tal elemento, en palabras de García de Enterría y Fernández³⁹, la titularidad del derecho subjetivo sobre el que se debate no puede ser nunca un mero requisito procesal en los procesos administrativos, por lo que la equiparación de este supuesto a efectos de su calificación procesal, con el de la titularidad de un interés basta para desautorizar la tesis procesalista de que en los recursos basados en un simple interés éste se limita a juzgar el papel de un requisito de admisión al fondo del proceso, con lo cual es necesario afirmar que como requisito de admisión del recurso contencioso administrativo podrá jugar la mera invocación de la titularidad, pero no la realidad de la misma, la cual siempre pertenece al fondo de la controversia.

Otro elemento de importancia capital que refiere al aspecto subjetivo de la justicia administrativa representa la situación de los poderes del juez contencioso administrativo. Al respecto, se ha señalado que las bases tradicionales del contencioso trasladadas del Derecho francés, ha traído la prohibición de juzgar el mérito, la conveniencia del acto, y aun en materia de legalidad y la prohibición de sustitución en la labor administrativa⁴⁰. Sin embargo, puede decirse que en la jurisprudencia patria se observa una clara evolución de este contencioso objetivo a uno subjetivo, con lo cual las bases tradicionales mencionadas resultan ciertamente inadecuadas.

Fuciardi; y; de 29 de junio de 1995, caso: *Horacio Velásquez*. Todas estas sentencias, y otras pueden consultarse en Allan R. Brewer Carías; Luís A. Ortiz-Álvarez. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Jurisprudencia N° 4. Caracas, 1996, así como en Carlos Luís Carrillo Artilles. *El Recurso Jurisdiccional contra las Abstenciones u Omisiones de los Funcionarios Públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999. De igual manera, véase Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de abril de 2000, Caso: *Instituto Educativo Henry Clay*. Ponente Magistrado: Carlos Escarrá Malavé, y la sentencia sobre omisión legislativa, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de agosto de 2003, Caso: *Omisión legislativa del nombramiento de la Directiva del Consejo Nacional Electoral*. Magistrado Ponente: *Jesús Eduardo Cabrera Romero*.

38. Rafael Badell Madrid. "El Recurso por Abstención o Carencia" en *Derecho Procesal Administrativo. Primeras jornadas centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo*. Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1997, p. 173.
39. García de Enterría; Fernández. *Curso...*, *Ob. cit.* p. 44 y 45.
40. María Amparo Grau. "Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo" en *Estudios de Derecho Público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, 2001, p. 362.

Ahora bien, no ha mucho que la Sala Político Administrativa en Sala Accidental dio un paso adelante en cuanto a la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos, específicamente en el caso Omar Arenas Candelo⁴¹.

El caso en concreto refiere a la exclusión ilegal de un juez por parte del extinto Consejo de la Judicatura. Pasado más de veinte años, la Sala Político Administrativa señaló que tal exclusión configuró una vía de hecho, por lo que, el efecto natural de tal decisión sería la reincorporación del ciudadano al cargo que ilegalmente fue excluido. Sin embargo, como el ciudadano cumplió con los años necesarios para obtener el Derecho a la jubilación durante el tiempo que estuvo prescindido del Poder Judicial, la Sala decidió otorgar tal beneficio, ya que el mismo es un derecho subjetivo legítimo del ciudadano, quien no tiene la carga de pagar con los errores de la Administración⁴².

41. Sentencia N° 00389 de la Sala Político Administrativa de 22 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi. Caso: *Omar Arenas Candelo*.

42. La sentencia citada señala expresamente lo siguiente: *“Los hechos descritos y las normas aplicables al presente caso configuran a juicio de esta Sala Político-Administrativa Accidental la presunción mediante la cual de no haberse dictado la írrita Resolución impugnada por este fallo, el ciudadano Omar ARENAS CANDELO hubiera disfrutado el derecho a permanecer en el servicio público judicial. No obstante, como fundamento de la Resolución contradicha, se tiene una causa no imputable a su persona, razón por la cual a juicio del extinto Consejo de la Judicatura, el recurrente no podía continuar en el ejercicio activo de sus funciones como juez, lo cual hace inaplicable las resultas de la decisión N° 9 de 7 de junio de 1980. En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el juez contencioso administrativo tiene los más amplios poderes para solventar las situaciones jurídicas infringidas por la acción del Poder Público, la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra gobernada fundamentalmente por el principio inquisitivo, el cual le permite, entre otras cosas, la corrección de irregularidades que no hayan sido alegadas por las partes con base en el principio del control de la legalidad (...) el juez contencioso administrativo se ha visto fortalecido por el conjunto de principios que consagra la nueva Carta Magna, entre los cuales destaca el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Este principio convierte al sistema contencioso administrativo en un proceso de protección efectiva de los derechos subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración, lo que hace afirmar al doctrinario GARCÍA DE ENTERRÍA que el contencioso administrativo, desde la aparición de la tutela judicial efectiva como principio constitucional, es una tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas (...). Tal concepción debe a la vez conectarse con lo establecido en el artículo 259 de la Constitución referente a las atribuciones que esta norma establece para los órganos de la justicia administrativa, el cual señala que el juez contencioso administrativo debe velar por el efectivo restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Así, con estos dos principios – tutela judicial efectiva y restablecimiento de las situaciones subjetivas infringidas-, el juez contencioso administrativo posee los premisas necesarias para resguardar los derechos subjetivos de los justiciables (...) En el caso de autos se verifica que el ciudadano Omar ARENAS CANDELO, de no haber sido retirado indebidamente por el extinto Consejo de la Judicatura, hubiera mantenido la expectativa de su derecho a obtener el beneficio de la jubilación, pues no existen razones válidas que justifiquen la decisión administrativa; más aún cuando su desincorporación del cargo en la judicatura no fue imputable a su accionar. Por ende, en aplicación de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva, de la seguridad jurídica, del control de la actividad funcional que le corresponde desarrollar a la novísima estructura funcional del sector justicia en Venezuela y en concreto, en aras de brindar la protección en términos de seguridad social a quienes tienen derecho como funcionarios públicos que hayan cumplido con los requisitos de ley en forma debida, esta Sala Político Administrativa Accidental estima procedente ordenar a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que acuerde el beneficio de jubilación al ciudadano Omar ARENAS CANDELO (...).”* En un sentido muy similar la Sala Político Administrativa ratificó el mismo criterio, en sentencia de la Sala Político Administrativa Accidental de 13 de julio de 2004. Sentencia número 00816. Caso: *Guillermo Rodríguez*. Magistrado Ponente: Conjuez Octavio Sisco Ricciardi.

Tal sentencia es un ejemplo de la subjetivización actual del contencioso administrativo venezolano. Los poderes del juez contencioso administrativo vienen a ser determinados por la pretensión procesal deducida; de manera que, pasan a ser tan amplios como la diversidad de normas jurídicas creadoras de derechos o intereses existan. El juez está dotado, según la teoría subjetivista, de todos los poderes necesarios para que sus sentencias acaben con la legalidad jurídica invocada, cualquiera sea ésta, y para que sea plena y cabalmente restablecida la situación jurídica lesionada⁴³.

También puede nombrarse como efecto del cambio de noción de la justicia administrativa el importante tema de las medidas cautelares en el contencioso administrativo. En la vigencia del viejo sistema objetivista, las medidas cautelares existían, pero aplicadas en verdad para favorecer a la Administración, en el sentido de suspender preventivamente los efectos de algún acto administrativo para evitar que esta causara males mayores, no para salvaguardar los derechos de los particulares.

Sin embargo, hoy día se entienden a las medidas cautelares como una forma de proteger los intereses de los interesados en el procedimiento judicial, todo ello basado en la tutela judicial efectiva. En efecto, Eduardo García de Enterría cita un auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala tercera del Tribunal Supremo Español (sección 5ª), que señaló que “...esa fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de todo irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración (...) se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón⁴⁴”.

Así, gracias a esta nueva concepción subjetiva del contencioso administrativo, existe la posibilidad de dictar medidas cautelares positivas, como puede ser la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial son apariencia de buen derecho⁴⁵.

Entonces, la tutela judicial efectiva hace nacer el concepto de la tutela judicial cautelar⁴⁶, por medio de la cual, el proceso contencioso administrativo se convierte en un proceso de tutela de los derechos de los particulares, y en el caso en concreto de las medidas cautelares, las mismas deben contribuir a no lesionar la situación jurídica de los particulares. En definitiva, tal es la importancia de las medidas cautelares bajo esta nueva visión, que ha llevado a decir a uno de los grandes doctrinarios patrios que “a nivel mundial, las medidas cautelares quizás han pasado a ser el capítulo más importante, el alma, el centro del universo de la nueva justicia administrativa⁴⁷”.

Otra consecuencia del criterio subjetivo del contencioso radica en la sentencia emanada del juez administrativo. El fallo dictado en estos juzgados queda relegado a descubrir la presencia o no de derechos e intereses del demandante, más que en velar por el respeto a la legalidad objetiva por la actividad pública. no es suficiente, en consecuencia, que un acto

43. Canova González. “Tutela Judicial...” *Ob. cit.* p. 51.

44. Eduardo García de Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Segunda Edición ampliada, Monografías Civitas, Ediciones Civitas, S.A. Madrid, 1995, p. 177.

45. *Ídem.* p. 225 y ss.

46. Víctor R. Hernández-Mendible. *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo Venezolano*, Vadell hermanos Editores, Valencia, 1997, p. 22.

47. Luís A. Ortiz Álvarez. *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Colección Tratados y Estudios de Derecho Comparado N° 1, Caracas, 1999, p. 9.

administrativo sea ilegal para que proceda la evaluación de la reclamación. Por tanto, es preciso que tal trasgresión se de sobre una norma jurídica que otorga un derecho o interés al reclamante.

De hecho, el fallo contencioso administrativo puede declarar con lugar las pretensiones de condena en contra de la Administración pública, imponiendo a esta un dar, un hacer o un no hacer. Así, la sentencia estimatoria de una pretensión de condena impone al demandado una situación jurídica, lo condena a una prestación (positiva o negativa), o a un no hacer, por lo que no se trata ya de que el demandado respete genéricamente la situación jurídica reconocida en la sentencia, sino que realice una prestación concreta, positiva o negativa⁴⁸.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La concepción subjetiva no es un simple esbozo de doctrinas y teorías de académicos estrasnochados. Por el contrario, el concepto subjetivo del sistema contencioso administrativo advierte una tendencia a proteger a los justiciables, por lo que su aplicación en la práctica forense es vital para el sistema. Bajo una concepción subjetiva de los procesos contenciosos administrativos se asegura de manera realmente eficiente los derechos de los particulares, que es el mandato de la Constitución.

La jurisprudencia patria ha resaltado desde hace bastante tiempo que el sistema de justicia administrativa en Venezuela: “consagra el sistema judicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial⁴⁹”.

De la misma manera la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que: “de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales.

El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anulación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respecto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como

48. Jesús González Pérez. “Acciones Declarativas, Constitutivas y de Condena de la Administración Pública” en *Revista de Derecho Público* N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986. p. 20.

49. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14 de diciembre de 1970. Magistrado Ponente: Martín Pérez Guevara, en Allan R. Brewer Carías; Luís A. Ortiz-Álvarez. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo*, Ob. cit. p. 15.

un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración (...) sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho⁵⁰.

En verdad, la construcción del contencioso administrativo objetivo no es más que una farsa, una comedia, una excusa cuyo fin no es controlar de la mejor manera la legalidad de la actividad del Ejecutivo, sino que disfraza la intención del los revolucionarios franceses de permanecer exclusivamente en el ejercicio de sus funciones de la fiscalización de los tribunales⁵¹. En fin, concordamos con el profesor Canova en cuanto a las críticas al carácter objetivo del sistema de justicia administrativa, ya que el mismo nunca tuvo ni ha tenido como justificación el control más exigente y diligente de la legalidad aplicable por las Administraciones públicas, sino que esconde la intención original de un poder ejecutivo libre e incontrolable.

Por otra parte, es de resaltar que la Administración no tiene hacia un ciudadano o hacia un conjunto de ellos, la obligación jurídica de observar la legalidad; por eso mismo no puede hablarse de que los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad del administración⁵², fuera de los casos en que sean titulares de verdaderos derechos subjetivos.

La observancia de la legalidad es para la Administración un deber puramente objetivo, derivado de la vinculación positiva que de dicha legalidad directamente resulta para ella. Así, ese deber está conceptualizado no solo con fines organizativos abstractos, sino también, y preferentemente, como una técnica de libertad de los ciudadanos, los cuales no pueden ser afectados por la Administración en sus *proprios asuntos*, en sus intereses materiales y morales, más que a través de situaciones legítimas, esto es, cubiertas o amparadas por la Ley.

Así, cuando un ciudadano se ve perjudicado, dañado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones u omisiones administrativas ilegales, este adquiere desde ese mismo momento, por el encuentro de los dos elementos de perjuicio e ilegalidad, un verdadero derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses⁵³. Pero ese derecho subjetivo es no solo a impugnar el acto y a que este se elimine y desaparezca del mundo jurídico, sino que se restablezca la situación por la cual el ciudadano se vio afectado de manera negativa. El término restablecimiento de situaciones subjetivas derivadas de la actuación de la Administración pública es el ejemplo más latente de la nueva concepción subjetiva del contencioso administrativo.

De hecho, que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias para terceros (sean estas beneficiosas o perjudiciales) como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. El recurrente, en definitiva, es parte en el proceso y no un representante de la legalidad; la Administración de igual manera se convierte en

50. Sentencia N° 2629 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando. De igual manera señala la sentencia número 00266 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini, y; sentencia N° 82 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Antonio García García.

51. Canova González. *Tutela Judicial...*, Ob. cit. p. 48.

52. García de Enterría; Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Ob. cit. p. 51.

53. *Ídem*.

parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es entonces subjetivo, y nunca objetivo. Por tanto, lo que se hace valer en el proceso es un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés.

Ante todo esto, hay que resaltar que el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la Administración cuando ostenta pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida, lo que García de Enterría y Fernández llaman derechos típicos o activos⁵⁴.

Por otra parte, el ciudadano también es titular de Derechos subjetivos cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses, derechos estos que los autores señalados los califican de reaccionales o impugnatorios⁵⁵.

Más aún, cierta doctrina latinoamericana asegura que el contencioso administrativo traspasó la noción del derecho subjetivo, siendo superada por las situaciones y las relaciones jurídicas⁵⁶.

Esta teoría afirma que se distingue a la situación jurídica como una ubicación o disposición jurídica en beneficio de un sujeto, la cual puede ser sobre un inmueble, sobre un crédito, sobre una función, y en definitiva se presenta como una pertenencia a favor exclusivamente del titular, la cual es su nota determinante. Mientras que la relación jurídica es la referencia que impone la situación a otro u otros sujetos, es la conexión invisible, pero que obliga a un tercero o a varios terceros una conducta de hacer, no hacer o dar. En cualquiera de estas situaciones, el autor establece que el contencioso administrativo debe procurar la garantía del cumplimiento de tales situaciones o relaciones jurídicas a favor del accionante.

Así, el derecho subjetivo se presenta como una imputación a favor de una situación jurídica determinada, creadora de relaciones jurídicas que contiene prestaciones obligatorias.

Sea como sea, la exigibilidad del derecho subjetivo, de la situación jurídica o de la relación jurídica, siempre que existe un derecho menoscabado por la Administración en ejercicio de su actuación legal o ilegal, el sistema contencioso administrativo debe velar por la correcta observancia de la aplicación de ese derecho lesionado, y procurar, en primer lugar, que tal situación no se genere nuevamente, y en segundo lugar, que el daño causado sea subsanado, y el perjuicio producido sea reparado.

El contencioso no nació para causar estos efectos. Ya señalamos que el contencioso fue creado y organizado de manera tal que el mismo sirviera para protección no de los ciudadanos, sino de los revolucionarios que tomaron el poder luego de la Revolución Francesa. De ello deviene que el ciudadano no pudiese reclamar por sus derechos propios, sus derechos subjetivos.

54. *Ídem*. p. 53

55. *Ídem*

56. Bartolomé Fiorini. *Que es el Contencioso*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 50.

Sin embargo los tiempos han ido evolucionando en pro del ciudadano, en garantía del respeto a los Derechos humanos fundamentales, en consideración a las teorías democráticas florecientes en el siglo XX. La situación de los ciudadanos ha cambiado con el devenir del tiempo. Esto es indudable. Hoy el respeto por el ciudadano es primordial en todo Estado de Derecho que medianamente se considere como tal. Así, el particular tiene el derecho de buscar protección a sus derechos propios.

La concepción objetiva del contencioso quedó atrás. En Venezuela culminó tal teoría. Poco a poco la jurisprudencia patria, como tratamos de demostrarlo en el presente estudio, ha ido evolucionando para respetar los derechos subjetivos de los ciudadanos, y que este defienda sus derechos propios, y no solo sea un simple denunciante de la legalidad. Para ello ya está el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo, quienes tienen la competencia para recurrir por la ilegalidad de las actuaciones de la Administración para buscar el retorno a la legalidad en las mismas, pero estos no acuden en defensa de sus derechos subjetivos, porque no los tienen. El ciudadano común sí los posee, y está en la plena capacidad jurídica de defenderlos ante los tribunales contenciosos administrativos.

Un sistema procesal administrativo de carácter subjetivo centraliza su actuación en la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos perjudicados por la actuación pública. Son estos los únicos habilitados para poner en funcionamiento el aparato judicial y, en la exacta medida que pretendan el restablecimiento de su situación jurídica subjetiva, es que pueden ejercitar sus funciones los tribunales.

El contencioso administrativo de corte subjetivo, como bien afirma Canova⁵⁷, no desatiende el control de legalidad del actuar administrativo. Tan solo deja de ser la tarea primordial del contencioso administrativo.

Los derechos e intereses de los ciudadanos se convierten en la punta de lanza de este nuevo sistema de justicia administrativa. en fin, el derecho subjetivo y el derecho objetivo son dos caras de la misma moneda, por lo que resulta materialmente imposible ordenar el restablecimiento del derecho de alguien sin que de manera previa haya habido una vulneración de la norma jurídica que reza o reconoce tal derecho por el obligado.

En definitiva, vale decir que es el ciudadano, y el reconocimiento de sus derechos propios, el objeto central y fundamental del sistema contencioso administrativo, criterio este que deberá ser afianzado más aun por los tribunales contenciosos administrativos, para así hacer más fácil la búsqueda del respeto de los derechos de los ciudadanos, y poder al mismo tiempo, controlar de manera seria la actividad administrativa.

Vaya aquí, nuestro aporte al sistema.

57. Canova González. *Tutela Judicial...*, *Ob. cit.* p. 51.