

SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela

Si hay un tema que ha sido central al inicio de todos los manuales, cursos y tratados de derecho administrativo, ha sido el del concepto de nuestra disciplina,¹ lo que usualmente ha conducido al intento de definición de la misma en torno a su objeto, que es la Administración Pública. Por ello, la aproximación inicial a un intento de definición de nuestra disciplina, conduce a considerarla, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, de su organización, su funcionamiento y su actividad, lo que de entrada impide definirla conforme a un único criterio. La Administración Pública, en efecto, se puede definir, en *primer lugar*, desde el punto de vista orgánico, apuntando al conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; en *segundo lugar*, desde el punto de vista material, en relación con el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado; y en *tercer lugar*, desde el punto de vista formal, apuntando a los procedimientos y formas utilizadas para la expresión de la voluntad administrativa del Estado frente a los administrados, que siempre es de carácter sub legal.

Esta necesaria mezcla de criterios para lograr la definición del objeto fundamental del derecho administrativo, es decir, de la Administración Pública, es lo que más ha contribuido a la falta de éxito de una definición universal de nuestra disciplina, cuando se ha basado en un solo criterio, sea orgánico, material o formal. Por ello, la solución que en una u otra forma se ha ido delineando para elaborar el concepto del derecho administrativo ha sido la utilización de todos los criterios identificando el objeto fundamental de la disciplina, precisando el contenido del derecho que es común y normal a la Administración Pública y que se puede moldear en torno a los siguientes bloques de regulación:

En *primer lugar*, el régimen de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado al cual está atribuido, en general, el ejercicio del poder ejecutivo como rama del poder público. En un Estado Unitario la Administración Pública se identifica con la Administración del Estado; y en los Estados federales o descentralizados, la misma tiene necesariamente que identificarse en plural, como las Administraciones Públicas de las diversas entidades territoriales descentralizadas políticamente, nacional, regional o provincial, y municipal, de acuerdo al principio de distribución vertical del poder público que constitucionalmente se haya adoptado.

El derecho administrativo regula, por tanto, la organización de esas Administraciones Públicas y, en particular, la personificación jurídica de los diversos sujetos de derecho que se configuran tanto de dicha distribución territorial del poder, como de la descentralización funcional de la Administración sea con formas de derecho público o de derecho privado.

En *segundo lugar*, el derecho administrativo regula el funcionamiento de las referidas Administraciones Públicas de los diversos entes del Estado, particularmente en lo que concierne a los recursos necesarios para hacerlas actuar. Así, es campo normal del derecho administrativo, el régimen del personal al servicio de las administraciones públicas, en especial, el régimen de los funcionarios o empleados públicos; el régimen de los bienes de

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela,” en *Revista de Administración Pública*, N° 100–102, Vol. I, Madrid, enero–diciembre 1983, pp. 685–704; “El concepto del derecho administrativo en Venezuela”, *Estudios de derecho administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 7–24. Véase igualmente, Luciano Parejo Alfonso, *El concepto del derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008,

los sujetos de derecho que personifican las Administraciones Públicas, sean del dominio público o del dominio privado de las mismas; y el régimen de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, el cual se ha ido imbricando paulatinamente con el derecho financiero y tributario.

En *tercer lugar*, también es campo propio del derecho administrativo, el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por parte de las Administraciones Públicas, es decir, de las funciones normativa, política, jurisdiccional, de control y administrativa; así como el ejercicio de la función administrativa y de la función normativa de rango sub-legal, por otros órganos del Estado distintos de las Administraciones Públicas, y por los particulares y sus organizaciones, a los cuales la ley se las haya atribuido.

En *cuarto lugar*, es también objeto propio y normal del derecho administrativo el régimen de la actividad administrativa en cuanto a su materialización en hechos y actos jurídicos, particularmente los actos administrativos y los contratos administrativos, y en particular, el régimen de los procedimientos administrativos para su formación y ejecución, y que regulan en particular las relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, con la debida garantía a sus derechos e intereses.

En *quinto lugar*, también es campo propio y normal del derecho administrativo, el régimen de las diversas formas como se materializa la actividad administrativa en relación con los administrados, que resulta del ejercicio de las funciones estatales, en particular, el régimen de las regulaciones que inciden en la actividad de los administrados, es decir, tanto de la ordenación de las actividades particulares consideradas como de interés o utilidad general, como de la policía administrativa; de las regulaciones que inciden en las prestaciones debidas por las Administraciones Públicas a los administrados, es decir, de los servicios públicos; de las regulaciones relativas a las acciones de promoción y protección por parte de la Administración respecto de las actividades de los administrados, es decir, de la actividad de fomento; de las regulaciones relativas a las acciones de la Administración en el campo económico, es decir, de las actividades empresariales del Estado; y como resultado de ello, las regulaciones relativas a las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, y de las garantía y derechos de éstos en relación con la Administración Pública.

En *sexto lugar*, el derecho administrativo también regula la responsabilidad del Estado, o más precisamente, de las personas jurídicas estatales originada por la actuación de sus órganos, así como la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por último, en *séptimo lugar*, es también campo propio y normal del derecho administrativo el régimen del control de las actividades de la Administración Públicas, de sus funcionarios y de sus actividades, tanto de carácter administrativo como fiscal y, en particular, el régimen del control contencioso administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y de las propias personas estatales.

Vinculado entonces a la anterior descripción de su objeto, bien podría señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, y su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, la cual siempre tiene un carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados.

Ello comprende, en consecuencia, tanto la Administración Pública entendida como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; y la competencia de sus órganos; como la Administración entendida como actividad administrativa que desarrollan los órganos competentes de aquellas o con autorización de las mismas, de carácter sub-legal, en ejecución de las funciones del Estado para el

cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan, precisamente, constituyen el objeto fundamental del derecho administrativo. Bajo este último ángulo material, como actividad administrativa, en consecuencia, el derecho administrativo tiene por objeto regular además, los aspectos formales de la misma, en lo que se refiere, por ejemplo, a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales.

En razón de éste, su objeto, estrechamente vinculado al Estado y al ejercicio del Poder Público fundamentalmente en relación con los administrados, es que al derecho administrativo se lo ubica dentro de las ramas del derecho público, siendo por tanto, por sobre todo, un derecho del Estado..

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO ESTATAL

1. El derecho administrativo y el Estado de derecho

En efecto, ante todo, el derecho administrativo es un derecho estatal² o un derecho del Estado, con todas sus implicaciones, y entre ellas, su vinculación con el modelo político en el cual opera el propio Estado conforme a la práctica política de su gobierno, siendo ello, históricamente, uno de los más importantes elementos condicionantes de nuestra disciplina.³

Por tanto, el derecho administrativo que en el mundo iberoamericano hemos conocido, estudiado y enseñado en las últimas décadas en medio de la relativa estabilidad democrática que han gozado nuestros países, puede decirse que en general ha sido el derecho administrativo del Estado de derecho, que como modelo político tuvo su origen a comienzos del siglo XIX como consecuencia de los aportes de la Revolución Norteamericana (1776) y de la Revolución francesa (1789) al constitucionalismo moderno;⁴ con el efecto fundamental de haber contribuido a que la titularidad de la soberanía pasase de un Monarca al pueblo. Ello dio origen al desarrollo del principio de la representatividad democrática que marcó el inicio del constitucionalismo en nuestros países iberoamericanos desde comienzos del siglo XIX, organizándose nuestros Estados conforme al principio de la separación de poderes, permitiendo el control recíproco entre sus diversos órganos, y en particular por parte el poder judicial, y estableciendo la garantía de los derechos ciudadanos frente al propio Estado, los que comenzaron a ser declarados constitucionalmente.

Fue en ese marco político cuando el derecho administrativo comenzó a ser un orden jurídico que además de regular a los órganos del Estado y su actividad, también comenzó a regular las relaciones jurídicas que en cierto plano igualitario se comenzaron a establecer entre el Estado y los ciudadanos, y que ya no sólo estaban basadas en la antigua ecuación entre prerrogativa del Estado y la sujeción de las personas a la autoridad, sino entre poder del Estado y los derechos ciudadanos.

Ese cambio, incluso, se reflejó en el propio contenido de las Constituciones que particularmente en Hispanoamérica desde el inicio, comenzaron a ser cuerpos normativos no solo destinados a regular la organización del Estado, sino con aplicación directa a los

² Véase André Demichel, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

³ Sobre el tema, bajo el ángulo de la Administración, nos ocupamos hace años en Allan R. Brewer-Carías, “Les conditionnements politiques de l’administration publique dans les pays d’Amérique Latine”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213-233; y “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos” en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239-258

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

ciudadanos como sus destinatarios. El derecho administrativo, por tanto, si bien comenzó a desarrollarse como derecho que regulaba solo a la Administración Pública, con sus poderes y prerrogativas, progresivamente, a medida que se fue imponiendo el modelo político del Estado de derecho, la misma comenzó a encontrar límites formales, que también comenzaron a ser recogidas en normas constitucionales. Ello implicó la incorporación en los propios textos constitucionales de normas de derecho administrativo, incluyendo las que se refieren a los medios jurídicos dispuestos para asegurar el control de la Administración, tanto político, como fiscal y jurisdiccional; y las Constituciones, como normas, comenzaron a tener a los ciudadanos como sus destinatarios inmediatos.⁵

La consecuencia de todo ello fue que el derecho administrativo y sus principios, a través de su constitucionalización, terminaron encontrando su fuente jurídica primaria en la propia Constitución, en la cual ahora se encuentran sus regulaciones más importantes, por ejemplo, sobre la organización, funcionamiento y actividad de la Administración Pública como complejo orgánico integrada en los órganos del Poder Ejecutivo; sobre el ejercicio de la función administrativa, realizada aún por otros órganos del Estado distintos a la Administración; sobre las relaciones jurídicas que se establecen cotidianamente entre las personas jurídicas estatales cuyos órganos son los que expresan la voluntad de la Administración, y los administrados; sobre los fines públicos y colectivos que estas persiguen, situados por encima de los intereses particulares; sobre los poderes y prerrogativas de los cuales disponen para hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, y además, sobre los límites impuestos a la Administración por normas garantizadoras de los derechos y garantías de los administrados.

En el mundo contemporáneo, en consecuencia, ese derecho administrativo que se ha incrustado en la Constitución,⁶ es sin duda el propio de un derecho del Estado de derecho, exigiendo que su desarrollo y efectividad esté condicionado por los valores democráticos que están a la base del mismo.

2. El dinamismo del derecho administrativo

Lo anterior implica, que a diferencia de otras ramas del derecho, por su vinculación con el Estado y el régimen político, el derecho administrativo no puede considerarse como una rama políticamente neutra, y menos aún como un orden jurídico que haya adquirido esa relativa rigidez o estabilidad como la que podría encontrarse en otras ramas del derecho.

Es decir, el derecho administrativo, aun conservando principios esenciales, inevitablemente tiene siempre un grado el dinamismo que lo hace estar en constante evolución, como consecuencia directa, precisamente, de la propia evolución del Estado, siempre necesitando adaptarse a los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que siempre terminan reflejando los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado.⁷ De allí aquella gráfica expresión de Prosper Weil

⁵ Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1985.

⁶ Sobre el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia” en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172; “Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999” en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1996*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37; “Las bases constitucionales del derecho administrativo en la República Dominicana,” en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Dr. Raymundo Amaro Guzmán,”* (Santo Domingo, 12 al 14 de septiembre de 2012 (Editores Jaime Rodríguez Arara, Olivo Rodríguez Huertas et al.), Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015, pp. 9-54.

⁷ Véase Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57. Véase igualmente, Alejandro

en el sentido de que el derecho administrativo sufre, permanentemente, de una "crisis de crecimiento,"⁸ que en definitiva, nunca concluye, pues las transformaciones económicas y sociales del mundo no cesan, y con ellas las del Estado y del rol que cumple.

Pero si nos atenemos solamente a la conformación del andamiaje constitucional del Estado en el mundo contemporáneo occidental, como Estado de derecho, hay una constante subyacente en el condicionamiento del derecho administrativo, que son los principios democráticos que ahora le son esenciales a mismo.⁹ Ello debería ser así, y en todo caso, es cierto si nos atenemos a la denominación y definición formal del Estado que ahora se inserta en casi todas las Constituciones Hispanoamericanas, donde expresamente se define al Estado como un Estado social y democrático de derecho, con declaraciones prolijas sobre valores superiores que apuntan a principios de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, democracia,, pluralismo, responsabilidad social y, en general, de preeminencia de los derechos humanos. Por supuesto, si nos atenemos a esas denominaciones y enunciados, mejores enunciados formales del Estado democrático como condicionante del derecho administrativo difícilmente podría haber. Sin embargo, ante esas definiciones, lo que en cada caso corresponde es determinar si realmente, en los respectivos países, la práctica política del gobierno responde a esos principios, o si son simples enunciados floridos, y nada más.

Ello impone la necesidad en cada caso y momento histórico, de determinar cuán efectiva es la vigencia real de estas normas y cómo y cuánto ellas han permeado efectivamente en el derecho administrativo, hasta qué punto el Estado está efectivamente sometido al derecho, cuál es la efectividad del control judicial de la actividad administrativa, y cuál ha sido el resultado de la misión general de la Administración de gestionar el interés general y estar al servicio de los ciudadanos.

Algo es cierto en el desarrollo del derecho administrativo en medio de su inevitable dinamismo, y es que si bien es cierto que el mismo se ha desarrollado gracias a la configuración del Estado de derecho, sin embargo, los doscientos años de su evolución no siempre han estado de la mano de un régimen político democrático, de lo que resulta que por ausencia de éste último, no puede afirmarse que el derecho administrativo como rama del derecho no haya existido.

Al contrario, por ejemplo, y para sólo referirnos a un ejemplo que nos es muy cercano a los administrativistas latinoamericanos, allí está el ejemplo de desarrollo del derecho administrativo contemporáneo en España, que comenzó precisamente en ausencia de un régimen democrático, por el fenomenal impulso que le pudo dar el núcleo de profesores que se aglutinó en el viejo Instituto de Estudios Políticos que estaba inserto en la propia estructura del Estado autoritario, en torno a la *Revista de Administración Pública*, con Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, José Luis Villar Palasí y Jesús González Pérez, entre otros, a la cabeza. Y ello ocurrió en los años cincuenta del Siglo pasado, cuando España, lejos de la democracia, estaba en plena etapa del autoritarismo franquista, más de veinte años antes de la sanción de la Constitución de 1978. Fue incluso en aquélla época cuando se dictaron las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y sobre Procedimientos Administrativos, que sin duda

Nieto "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, Nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1975; también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983, pp. 880 y 881

⁸ Véase Prosper Weil, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, "El Derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del derecho administrativo como punto de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del Administrado," en *Revista Mexicana "Statum Rei Romanae" de Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Jorge Fernández Ruiz*, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2008, pp. 85-122.

fueron, en el derecho positivo, la partida de nacimiento del derecho administrativo español e hispanoamericano contemporáneo para buscar garantizar el sometimiento del Estado al derecho.

Igual en décadas pasadas sucedió en muchos países de América Latina. No había democracia, pero sin duda sí había derecho administrativo porque a pesar del autoritarismo, el régimen permitía la existencia de cierto equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos; y a pesar de que no podía haber control sobre el comportamiento político del gobierno, algo de control judicial contencioso administrativo sí se permitía, siempre que no afectara el comportamiento político del gobierno. En muchos de nuestros países en épocas de regímenes autoritarios tampoco había democracia, pero también se puede decir que se comenzaron a sentar las bases del derecho administrativo contemporáneo como lo hemos conocido en las décadas pasadas, por la existencia al menos de principio, del antes mencionado equilibrio, entre prerrogativas estatales y derechos ciudadanos.

Pero por supuesto, en aquél entonces no se trataba de un derecho administrativo de unos Estados democráticos de derecho, sino de unos Estados autoritario con alguna sujeción al derecho. Es decir, en otros términos más generales, puede decirse que el sometimiento del Estado al derecho, que fue lo que originó el derecho administrativo desde comienzos del siglo XIX, no siempre tuvo el estrecho vínculo con la democracia, como régimen político, como hoy lo consideramos.

3. El derecho administrativo y la democracia

En realidad, el elemento esencial que caracteriza al derecho administrativo de un Estado democrático de derecho se encuentra cuando el derecho administrativo deja de ser un derecho exclusivamente del Estado, llamado a regular sólo su organización, su funcionamiento, sus poderes y sus prerrogativas, y pasa a ser realmente un derecho administrativo encargado de garantizar el punto de equilibrio antes mencionado que en una sociedad democrática tiene que existir entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. En el marco de un régimen autoritario, ese equilibrio por esencia no existe, o es muy débil o maleable, y por ello es que en dicho régimen el derecho administrativo no es un derecho democrático, aun cuando pretenda someter el Estado al derecho.

Por ello, lo que caracteriza al derecho administrativo en un orden democrático, no es otra cosa que ser el instrumento para asegurar la sumisión del Estado al derecho pero con a la misión de garantizar el respeto a los derechos ciudadanos, en medio de una persistente lucha histórica por controlar el poder y contra las “inmunidades del poder,”¹⁰ que es lo que ha caracterizado el devenir de nuestra disciplina. Ese equilibrio entre el poder y el ciudadano, siempre latente, pero débil al inicio, efectivamente se comenzó a consolidar bien entrado el Siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, cuando el derecho administrativo comenzó a ser un derecho regulador no sólo del Estado, sino de los derechos ciudadanos en un marco democrático.

Con ello se consolidó la concepción del derecho administrativo de las sociedades democráticas como el instrumento por excelencia para, por una parte garantizar la eficiencia de la acción administrativa y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y por la otra, para asegurar la protección del administrado frente a la Administración; con lo cual se superó aquella caracterización del derecho administrativo que advertía hace años Fernando Garrido Fallo, cuando nos indicaba que se nos presentaba como “un hipócrita personaje de doble faz,” que encerraba una “oposición aparentemente irreductible” entre el conjunto de prerrogativas que posee y que “sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares”; y el conjunto de

¹⁰ Véase Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, Madrid 1983.

derechos y garantías de estos, que lo llevaban a regular lo que llamó “la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”¹¹

Ese juego dialéctico entre esos dos puntos extremos contrapuestos: por una parte, los poderes y las prerrogativas administrativas de la Administración, y por la otra, los derechos y las garantías de los administrados, es lo que permitió expresar a Marcel Waline, también hace unos buenos años, que por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia de la Administración, y por la otra, se evite la tiranía.¹² La existencia o no del mencionado equilibrio, o la existencia de un acentuado desbalance o desequilibrio entre los dos extremos, es lo que resulta del modelo político en el cual se mueve y aplica el derecho administrativo. De allí, más democrático será el derecho administrativo solo si el equilibrio es acentuado; y menos democrático será si su regulación se limita sólo a satisfacer los requerimientos del Estado, ignorando o despreciando el otro extremo, es decir, el de las garantías y derechos ciudadanos.

El reto del derecho administrativo, por tanto, está en lograr y asegurar el equilibrio mencionado para lo cual es necesario que el Estado esté configurado no sólo como un Estado de derecho sino como un Estado democrático, lo cual sólo es posible si el mismo asegura efectivamente el control del ejercicio del poder. Sin dicho control, el derecho administrativo no pasa de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, montado sobre un desequilibrio o desbalance, en el cual las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

Por supuesto, para que ese equilibrio se logre y sea efectivo, es evidente que no bastan las declaraciones formales en las Constituciones, ni que el derecho administrativo se haya llegado a constitucionalizar efectivamente, como ha ocurrido es casi todos nuestros países, dando cabida a un conjunto de previsiones para asegurarlo, regulando la actuación de la Administración y protegiendo en paralelo los derechos e intereses de las personas, pero sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos.

Es en realidad la práctica política del gobierno la que puede poner de manifiesto si un Estado conformado constitucionalmente como un Estado democrático de derecho realmente se conduce como tal en su funcionamiento y actuación, y si el derecho administrativo aplicado al mismo obedece o no efectivamente a parámetros democráticos. Porque el derecho administrativo no es, ni puede ser independiente de la actuación del gobierno, sea que del mismo resulte en un modelo político de Estado autoritario o de Estado democrático. Y para identificar dicho modelo por supuesto no se puede acudir a etiquetas o a definiciones formales constitucionales, sino a la práctica política del gobierno. Así, un Estado autoritario será el resultado de la actuación de un gobierno autoritario, y en el mismo, lejos de haber un equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, lo que existe es más bien un marcado desequilibrio a favor del régimen de la Administración, con pocas posibilidades de garantía de los derechos de los particulares frente a su actividad.

En cambio, el equilibrio antes mencionado sólo tiene posibilidad de pleno desarrollo en Estados con gobiernos democráticos, donde la supremacía constitucional esté asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado judicialmente y por los otros medios dispuestos en la Constitución, y donde los derechos de los ciudadanos sean garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Nada de ello se encuentra en los Estados con un régimen de gobierno autoritario, así sus gobernantes hayan

¹¹ Véase Fernando Garrido Falla, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 223

¹² Véase Marcel Waline, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.

podido haber sido electos, y se arropan con el lenguaje a veces florido de los textos constitucionales.

De todo lo anterior resulta evidente que cuando se habla de Estado democrático de derecho, y en el mismo, del derecho administrativo como derecho de la democracia, ésta tiene que existir real y efectivamente y no sólo en el papel de las Constituciones y de las leyes, sino en la práctica de la acción del gobierno que origine un sistema político en el cual además de todos los derechos y garantías constitucionales generalmente conocidos (políticos, individuales, sociales, económicos, culturales, ambientales), se garantice efectivamente el derecho ciudadano a la Constitución y a su supremacía constitucional, es decir el derecho ciudadano a la propia democracia,¹³ y el derecho de poder ejercer el control sobre las actividades gubernamentales, que hasta cierto punto son tan políticos como los clásicos derechos al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, el derecho a la participación política.

Estos derechos que son nuevos sólo en su enunciado, derivan de la comprensión cabal de lo que significa un régimen democrático, que sólo es aquél donde concurren una serie de *elementos esenciales* que por lo demás se enumeraron en la *Carta Democrática Interamericana* de 2001, y que son los derechos: 1) al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) al acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) al régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) a la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

No hay ni puede haber democracia si el ciudadano no tiene garantizado su derecho político a la efectividad de esos elementos esenciales, que es lo que permite en definitiva distinguir un Estado democrático de derecho de un Estado de régimen autoritario. En este, a pesar de todas sus etiquetas constitucionales, esos derechos o elementos esenciales no pueden ser garantizados, por la ausencia de controles al ejercicio del poder, aún cuando pueda tratarse de Estados en los cuales los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

Entre todos esos derechos políticos a la democracia, está por supuesto, el derecho a la separación de poderes, que implica el derecho a ejercer el control del poder. Ello además, es lo que permite que se puedan materializar otros derechos políticos del ciudadano en una sociedad democrática, identificados en la misma Carta Democrática Interamericana como *componentes fundamentales* de la democracia, como son los derechos a: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).

Entre esos derechos, por supuesto, se destaca el derecho a la separación de poderes, materializado en el derecho al control del poder, que es el fundamento del propio derecho administrativo en una sociedad democrática, pues es precisamente el elemento fundamental para garantizar el necesario equilibrio mencionado entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos.

Para ello, por supuesto la condición esencial es que los poderes sean efectivamente autónomos e independientes, para lo cual, de nuevo, no bastan las declaraciones constitucionales y ni siquiera la sola existencia de elecciones, siendo demasiadas las

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 19 ss.

experiencias en el mundo contemporáneo de toda suerte de tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, desmantelaron la democracia y desarrollaron gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos,¹⁴ comenzando por el irrespeto a los derechos humanos.

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La característica antes mencionada del derecho administrativo en el mundo contemporáneo, de su progresiva constitucionalización, ha provocado que las Constituciones no solo hayan superado su tradicional contenido orgánico/dogmático relativo a la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales, sino que cada vez con mayor frecuencia hayan incorporado a su normativa, los principios básicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, la precisión de los cometidos esenciales de la misma, y los principios que han de regir la actividad administrativa del Estado.

Por ello, con razón, en el derecho público contemporáneo se puede hablar de la existencia de un marco constitucional del derecho administrativo, el cual, en una u otra forma se ha conformado en todos los países iberoamericanos, por los siguientes principios fundamentales muchos insertos en las Constituciones:¹⁵ en *primer lugar*, el principio de la legalidad, que en particular, se fundamenta en la supremacía constitucional, y los principios de la formación del derecho por grados y la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico; en *segundo lugar*, los principios relativos a la organización del Estado, a la distribución vertical del Poder Público y los que rigen las personas jurídicas estatales; en *tercer lugar*, los principios de la separación orgánica (horizontal) del Poder Público y el carácter inter-orgánico de la Administración Pública; en *cuarto lugar*, los principios relativos a las funciones del Estado, a su ejercicio inter-orgánico y a la función administrativa; en *quinto lugar*, los principios relativos al carácter inter-funcional de los actos estatales, y a los actos administrativos; y en *sexto lugar*, el principio del control de la Administración Pública y la responsabilidad administrativa.

El marco constitucional del derecho administrativo está conformado por dichos principios, que analizamos a continuación.

1. El principio de la legalidad: la supremacía constitucional, la formación del derecho por grados, y la sumisión de la Administración Pública al ordenamiento jurídico

El derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que en realidad puede del mismo cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública están sometidos al derecho, y particularmente al derecho desarrollado para normar sus actuaciones.

El principio de legalidad es, por tanto, el primero de los principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados, como consecuencia de la concepción del Estado como Estado de derecho, que implica la necesaria sumisión de sus órganos al ordenamiento jurídico. Este, compuesto por las propias Constituciones, que tienen aplicación directa como norma, por las leyes y además, por el conjunto de reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes¹⁶.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010; *Authoritarian Government vs. The Rule of Law*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

¹⁵ Véase en general sobre los principios fundamentales del derecho público Allan R. Brewer-Carías, *Principios fundamentales del derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005; Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2012.

¹⁶ Véase. Antonio Moles Caubet, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

El primer elemento del principio de la legalidad, por tanto, es el de la supremacía constitucional, que no sólo deriva de la idea misma de Constitución, sino que con cada vez mayor frecuencia los propios textos declaran como la norma suprema y el fundamento el ordenamiento jurídico, a la cual quedan sujetos todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público; constituyendo el cumplir y acatar la Constitución uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios. Todos los órganos del Estado, por tanto, están sometidos a la Constitución, y entre ellos, por supuesto, los que conforman la Administración Pública, la cual define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, y a las cuales deben sujetarse al realizar sus actividades. Por ello, la Administración Pública, ante todo debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Ahora bien, en relación con este principio de legalidad, en el ordenamiento jurídico de los Estados se puede distinguir siempre, por una parte, las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior; y por la otra, las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, lo que es propio de nuestros países con Constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y legislación ordinaria; y luego, entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior. Se trata del principio de la formación del derecho por grados, reflejado en las ideas expresadas por Hans Kelsen sobre los sistemas jurídicos como una jerarquía de normas, lo cual permite determinar la relación jerárquica que existe entre el conjunto normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento jurídico.¹⁷

Ello implica que en el análisis global del ordenamiento jurídico de cada Estado, se puede establecer una distinción entre aquéllos actos estatales que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes o atribuciones constitucionales, y aquéllos cuya ejecución no deriva directamente de la Constitución y que en cambio se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Estos son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y que por tanto solo ejecutan indirecta y mediatamente a la Constitución.

Los primeros, es decir, los actos realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el texto fundamental, no teniendo competencia el Legislador para regularlas mediante leyes; los segundos, en cambio, son actos realizados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Los primeros por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidos al control de constitucionalidad a cargo de las Jurisdicciones Constitucionales que corresponde a los Tribunales Constitucionales o a las Cortes Supremas de Justicia (en algunos casos, a sus Salas Constitucionales); los segundos, en cambio, están sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponden a las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones ante los tribunales superiores y con el recurso de casación ante los Tribunales Supremos en lo que concierne a los actos judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando se trata de actividades administrativas.

¹⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello se dice que son esencialmente de carácter sub-legal, pues están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley y a los reglamentos, y por eso es que su control corresponde a los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.

De lo anterior resulta, que para el derecho administrativo toda la actividad administrativa, desde el punto de vista formal, es una actividad que siempre es de carácter sub-legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (aun cuando las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y en consecuencia de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sub-legal, siendo la diferencia entre una y otra, de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial.

En cuanto a los actos de gobierno, que emanan de los órganos superiores del Poder Ejecutivo en ejercicio directo de atribuciones constitucionales,¹⁸ los mismos por ello, no pueden estar regulados o limitados por el Legislador mediante leyes. Son actos estatales que por ello tienen el mismo rango que la ley, por lo que el control judicial sobre ellos es necesariamente un control de constitucionalidad que usualmente ejercen las Jurisdicciones Constitucionales.

De lo anterior resulta, por tanto, que lo que constituyen las normas de derecho en relación con cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el Legislador, “legalidad” quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que los condicione, dando origen al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales (Jurisdicción constitucional).¹⁹

Además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, o en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. En este campo que es el propio del derecho administrativo, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial o jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos por los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.²⁰

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad, es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas

¹⁸ Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.

²⁰ Véase. Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, La Jurisdicción contencioso administrativa*, Editorial Thompson Civitas, Madrid, 2013.

de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. El Congreso, la Asamblea o el Parlamento están sometidos a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado o de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido en general, a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la "legislación", la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación a la actividad administrativa del Estado contemporáneo, que es el origen del derecho administrativo.

2 . La organización del Estado: la distribución vertical del poder público y las personas jurídicas estatales

El derecho administrativo, como derecho que rige la organización y funcionamiento de la administración Pública, está por supuesto condicionado por la concreta organización constitucional que tenga el Estado, pues de ella deriva que exista una Administración Pública, o múltiples Administraciones Pública, personificadas o no.

En sistema constitucionales en los cuales se establece una estructura estatal sobre la base de la distribución territorial del Poder Público conforme al principio de la descentralización política, como es el caso de los Estados Federales o de los que establecen autonomías territoriales, uno de los principios que condicionan al derecho administrativo, es precisamente dicha distribución del Poder Público, y que en general da origen tres niveles: Nacional, Intermedio (Regional o Estatal) y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos.²¹

Esa distribución territorial o vertical del poder, en todo caso, implica autonomía territorial, no solo política, lo que en el régimen democrático implica la elección de sus propias autoridades, sino legislativa y de gobierno; adoptándose además, en cada nivel territorial, el mismo principio de separación orgánica de Poderes:

En los otros sistemas de formas de Estado más centralizadas, sin embargo, en todos los países hispanoamericanos se reconoce el principio de la descentralización política a nivel local, asegurando la existencia de gobiernos locales con cierta autonomía y competencias propias, generalmente consagradas y garantizadas en las Constituciones. Esta constante, tanto en las formas centralizadas como descentralizadas de los Estados, ha dado origen a la rama del derecho municipal, como rama propia del derecho administrativo.

La consecuencia de lo anterior, es que en general, conforme al sistema de distribución vertical del Poder Público que se adopte, en los Estados se pueden identificar tres o dos niveles autónomos de Administración Pública: siempre, la Administración Pública Nacional y la Administración Pública Municipal, y en los Estados descentralizados, la Administración de las regiones o departamentos autónomos, integradas en las personas jurídicas que derivan de la descentralización política, que en los Estados federales, por ejemplo, son tres: el Estado nacional o federal, los Estados o provincias federados y los Municipios, respectivamente.

Así, la consecuencia del principio de la distribución vertical del poder público es que el Estado resulta conformado por diversas entidades político-territoriales que actualizan en el orden interno la personalidad jurídica del Estado, de manera que en él, no es una sola persona jurídica, sino que está conformado por un conjunto de personas jurídicas que son las personas jurídicas estatales territoriales. Estas personas jurídicas estatales, como sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, son las que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque en definitiva, son las que

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, "Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos", en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Montevideo*, N° 2 (abril), Caracas, 2001, pp. 135-150.

establecen las relaciones jurídico-administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados.

Pero aparte de las personas jurídicas político territoriales que derivan de la distribución territorial del Poder Público (en tres o dos niveles), y que son por esencia personas jurídicas estatales; también se distinguen en el derecho administrativo contemporáneo otras personas jurídicas estatales, producto también de la descentralización, pero de carácter funcional, mediante las cuales el Estado realiza las actividades administrativas que se le encomiendan en el ordenamiento. Estas personas jurídicas descentralizadas funcionalmente no tienen una sola forma jurídica, sino que pueden tener formas jurídicas de derecho público o formas jurídicas de derecho privado, según se constituyan mediante mecanismos regulados en el derecho público, particularmente en las leyes o mediante los mecanismos jurídicos establecidos en el derecho privado, particularmente en el Código Civil o el Código de Comercio sobre las sociedades o asociaciones.

En el derecho público iberoamericano, por tanto, pueden identificarse dos clasificaciones de las personas jurídicas: por una parte, las personas estatales y no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado o al sector público; y las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, según la forma jurídica adoptada para su creación.²²

En el contexto de estas clasificaciones, por ejemplo se puede aceptar que en el ámbito interno, cuando se usa la expresión genérica de “Estado” ello comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno forman parte de la organización política del Estado, y que por ello se consideran como “estatales” o que conforman el “sector público.” Entre ellas están, por supuesto, las que derivan de la distribución territorial del Poder Público; y están además, todas las otras personas jurídicas descentralizadas funcionalmente sea cual fuere la forma jurídica adoptada para su creación: de derecho público (como los institutos o corporaciones públicas autónomas) o de derecho privado (como las sociedades o compañías del Estado - *empresas del Estado* -).

3. La separación orgánica (horizontal) del Poder Público y el carácter inter-orgánico de la Administración Pública

El tercer principio constitucional que en general condiciona el derecho administrativo en nuestros países iberoamericanos, es el de la separación orgánica de poderes, que origina órganos estatales independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, a las cuales en algunos países, como es el caso de Venezuela, se ha agregado la rama del Poder Electoral y la del Poder Ciudadano (de control.)

Esta separación orgánica de poderes en todos los sistemas constitucionales ha dado origen a complejos orgánicos diferenciados y separados, que en general son los Congresos o Asambleas Legislativas; los órganos que conforman el Poder Ejecutivo (Presidente y sus Ministros por ejemplo); los Tribunales o Cortes Supremas y demás órganos judiciales. República; así como los Tribunales u órganos Electorales y los otros órganos constitucionales con autonomía funcional como las Contraloría Generales de la República, los Tribunales de cuentas, o los defensores del Pueblo o de Derechos Humanos. Esos conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas. En esa forma, la otrora clásica división del poder en la tres ramas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial), en el constitucionalismo moderno, desde el Siglo XX, se ha roto y superado progresivamente, de manera que en general, el Poder Público se ejerce, además de por los

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29.

órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional.

Pero el principio de la separación orgánica de poderes en forma horizontal, no sólo se ha establecido en los Estados iberoamericanos en el nivel nacional, sino también en los niveles intermedios descentralizados (en el caso de las Federaciones o Estados con autonomías regionales) y en los municipales. En todos estos casos, se los diversos niveles políticos territoriales en general se distinguen al menos dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, conformados por los Asambleas, Consejos o Concejos Legislativos y por Gobernadores o Alcaldes, que dirigen las respectivas Administraciones Públicas.

Sin embargo, debe observarse que la separación orgánica de poderes no origina un solo grupo de órganos que conforman la Administración Pública en cada nivel territorial y que serían los que ejercen el Poder Ejecutivo, sino otros órganos que sin estar en el Poder Ejecutivo forman parte de aquella. Ello, porque la Administración Pública en realidad tiene un carácter inter orgánico, en el sentido de que, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás Poderes del Estado. Es decir, todos los órganos que ejercen cualquiera de los Poderes Públicos tienen su propia Administración Pública, compuesta por un conjunto de órganos e instituciones que le sirven a los otros órganos para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos. Esto sucede, por ejemplo, con la Administración del órgano Legislativo, la Administración de la administración de justicia (el órgano de administración de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, como la Administración Electoral.

Por tanto, la Organización Administrativa del Estado no se agota, por ejemplo, a nivel nacional, en el ámbito de la Administración Pública Nacional “central” que ejerce el Poder Ejecutivo, pues existen órganos administrativos que la separación orgánica de poderes, y en particular, el desarrollo de órganos constitucionales con autonomía funcional ha generado, que formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado, y se rigen por el derecho administrativo.²³

4. Las funciones del Estado, su ejercicio inter-orgánico y la función administrativa

Anteriormente nos hemos referido al marco constitucional del derecho administrativo que deriva de los principios de la distribución vertical y de la separación orgánica del Poder Público en las diversas ramas territoriales del mismo. Cada una de esas ramas del Poder Público, por supuesto, tiene sus funciones propias, aun cuando todos los órganos a los cuales corresponde su ejercicio deben colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado. Y por “función” en el mundo del derecho público, ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo los agentes del Estado en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado las funciones normativa, política, jurisdiccional, administrativa y de control, son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal²⁴; y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado.

Es decir, la asignación de funciones propias a los órganos del Estado, por tanto, no implica que cada uno de ellos siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica, y más bien, en realidad, todos los órganos del Estado, en una u otra forma

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Caracas 1994, pp. 11 y 53.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 105.

ejercen todas las funciones del Estado, lo que conduce al principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado, que se configura como otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo.

Es decir, la división de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con alguna “separación” de las funciones estatales,²⁵ por lo que el hecho de que exista una separación orgánica “de poderes” no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, ya que paralelamente a las “funciones propias” que se asignan a cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza.

Como hemos dicho, en el mundo contemporáneo estas funciones como tareas inherentes a los órganos del Estado pueden reducirse a las siguientes: la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse todas las actividades del Estado. Estas funciones, realizadas en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, sin embargo, como se dijo, no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales.

Así, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general. La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a los Congresos o a Asambleas Legislativas al sancionar las leyes, se realiza también por otros órganos del Poder Público incluso en algunos casos con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley de delegación legislativa el Congreso o Asamblea delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley, sin duda ejerce la función normativa; e igualmente ocurre, cuando el Presidente y demás funcionarios ejecutivos dictan los reglamentos. Igualmente, por ejemplo, las Cortes o Tribunales Supremos también ejercen la función normativa cuando dictan actos normativos o reglamentarios necesarios a los efectos de asegurar, por ejemplo, la dirección y gobierno del Poder Judicial. Igualmente, ejercen la función normativa, los órganos de los otros Poderes Públicos, como los órganos electorales o de Control fiscal, cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad.

La función normativa, por tanto, si bien es una “función propia” del Parlamento, no es una función privativa y exclusiva del mismo, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de los Congresos o Asambleas legislativas es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados “leyes.” Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora de normas dentro del ordenamiento jurídico, a excepción de los decretos leyes delegados (dictados por el Presidente de la República mediante delegación legislativa) lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales (reglamentos), y siempre bajo el condicionamiento de las leyes y nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sub-legal. Sin embargo, los decretos-leyes delegados que puede

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las funciones del Estado, la función administrativa y las actividades estatales;”, en Jaime Vidal Perdomo, Eduardo Ortíz Ortíz, Agustín Gordillo y Allan R. Brewer-Carías, *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, Cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 185-248.

dictar el Presidente de la República o Jefe del gobierno, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene, puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Jefe Poder Ejecutivo ejerce sus actividades como jefe del Estado, es decir, como jefe del gobierno, dirigiendo la acción de gobierno. A través de esta función política, el jefe del gobierno puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias al órgano legislativo y cuando lo disuelve. También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de emergencia o de excepción, y restringe por ejemplo las garantías constitucionales con autorización de la Constitución. La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República o al jefe del gobierno, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en esta forma, realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política, antes mencionada, y la función administrativa. La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional, no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sub-legal.

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que los parlamentos en ejercicio del Poder Legislativo también realizan la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley, sea mediante leyes (por ejemplo, una ley de amnistía). En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función política se ejecuta mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), y se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República o el Jefe del gobierno; y también se ejecuta mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea Legislativa o Congreso.

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, la función reservada al Estado mediante la cual sus órganos conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia a los tribunales judiciales de los Estados, con un Tribunal o Corte Suprema y en algunos casos, un Tribunal Constitucional en la cúspide, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas en un procedimiento administrativo deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia, y el Congreso o Asamblea Legislativa también realiza o participa en la función jurisdiccional, cuando por

ejemplo, conduce un juicio político o autorizan el enjuiciamiento del Jefe de Estado. Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por el los tribunales judiciales del país, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo.. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso judicial en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias, configurándose entonces como “función judicial.” Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar esa “función judicial” (función jurisdiccional ejercida por los tribunales). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

Además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Potestades constitucionales de control, como las Contralorías Generales, los Defensores de Derechos Humanos, o los órganos Electorales, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función de control. En efecto, los Parlamentos, en ejercicio del Poder Legislativo ejercen la función de control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos; el Presidente o Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control administrativo jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública, y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; los órganos constitucionales del Poder Electoral, ejercen el control de las actividades de los órganos subordinados así como de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos; y los Tribunales o Cortes Supremas, así como los Tribunales Constitucionales ejercen las función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado.

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos que ejercen constitucionalmente funciones de control; por el parlamento, en ejercicio del Poder Legislativo; por los Tribunales y Cortes Supremas y demás tribunales de justicia, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo y de los otros Poderes en lo que conforman su Administración. La función de control, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos constitucionales que ejercen potestades de Control, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función de conducción del gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional) y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), los órganos del Estado también ejercen la función administrativa, a través de la cual entran en relación con los particulares, actuando como sujetos de derecho, gestores del interés

público²⁶. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa).

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares, actuando como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, precisamente, como se ha dicho, se concretice en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la función administrativa y establecen relaciones jurídicas con los administrados.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con las funciones normativa, política, jurisdiccional y de control, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público, como sería por ejemplo la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: el parlamento, por ejemplo, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o los Poderes de Control realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, y a través de las personas jurídicas estatales entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo; por el parlamento, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales judiciales, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar por tanto de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo siempre, en todo caso, carácter sub-legal.

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El Poder Público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado.²⁷ La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que

²⁶ V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, "no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo". V. el "Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo", en *Scritti Minori*, Milano 1950, p. 363, cit., por J M. Boquera Oliver, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1972, p 59. "Cuando el Estado juzga –señala J. González Pérez–, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho... cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico". V. en *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1966, Tomo II, p. 37.

²⁷ V., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 105 y ss.

no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que a nivel de cada una de las ramas del Poder Público en los diversos niveles territoriales, si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos, en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos; órganos ejecutivos; órganos de control; y órganos judiciales; pero las funciones normativas, política, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica:

De allí que como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional de los países iberoamericanos, puede afirmarse que la “división del Poder” no coincide exactamente con la “separación de funciones”. Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus “funciones propias” ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros.

5. Los actos estatales, su carácter inter-funcional y los actos administrativos

De lo anteriormente dicho sobre el principio del carácter inter orgánico del ejercicio de las funciones estatales resulta, como se ha dicho, que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones.

Pero, en el ordenamiento jurídico de los Estados contemporáneos, tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo, conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal, como con gran frecuencia se sostiene. Ello conlleva a otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo que es el del carácter inter-funcional de los actos estatales.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Parlamento: Congreso o Asamblea Legislativa), de sus órganos ejecutivos (Presidente o Jefe del Gobierno), de sus órganos judiciales (Tribunales), o de sus órganos constitucionales de control (Poder Electoral, defensores de Derechos Humanos, Contralorías Generales).

La función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Congreso o Asamblea) y de sus órganos ejecutivos (Presidente o jefe del gobierno).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (tribunales judiciales), y de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos de control (Poder Electoral, Defensoría de derechos, Contralorías Generales).

La función de control la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Congreso o Asamblea Legislativa), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (tribunales), y de sus órganos de control (Poder Electoral, Defensoría de derechos, Contralorías Generales).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos legislativos (Asamblea o Congreso), de sus órganos judiciales (tribunales) y de sus órganos de control (Poder Electoral, Defensoría de derechos, Contralorías Generales).

Consecuencialmente, de lo anterior no puede deducirse que todo acto realizado en ejercicio de la función normativa, sea un acto legislativo; que todo acto realizado en ejercicio de la función política, sea un acto de gobierno; que todo acto realizado en ejercicio de la función jurisdiccional, sea un acto judicial; que todo acto realizado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto realizado en ejercicio de la función administrativa, sea también un acto administrativo.

Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

En efecto, tal como hemos señalado, el Parlamento en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, políticas, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos.

Cuando el parlamento ejerce la función normativa, es decir, crean normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta *leyes*, pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos (*interna corporis*), ello lo hace a través de *actos parlamentarios sin forma de ley*. Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo. Cuando el parlamento ejerce la función política, es decir, intervienen en la formulación de las políticas nacionales, lo hacen a través de *leyes* o a través de *actos parlamentarios sin forma de ley*. En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al enjuiciar o autorizar el enjuiciamiento del Jefe del Estado, el parlamento concretiza su acción a través de un *acto parlamentario sin forma de ley*. Cuando el Parlamento ejerce sus funciones de control sobre el gobierno y la Administración Pública también dicta *actos parlamentarios sin forma de ley*. Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por el parlamento, ella puede concretarse en *leyes*, *actos parlamentarios sin forma de ley* o *actos administrativos*.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Jefe del Ejecutivo, realiza la función normativa, ésta se concretiza en *decretos-leyes* y en *reglamentos (actos administrativos de efectos generales)*. En el caso de decretos leyes, si bien todos son en general objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (reguladas en las Constituciones); los mismos tienen rango y valor de ley. Pero el Jefe del Gobierno o el Presidente también realiza la función política, al dictar *actos de gobierno*, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrativos por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Jefe del gobierno o del Ejecutivo, en cuya condición dirige la acción de Gobierno; y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes.

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Jefe del gobierno o Presidente del Ejecutivo, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución, en principio está reservado al órgano legislativo (Congreso o Asamblea); aun cuando este pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el jefe del Poder Ejecutivo mediante una ley de delegación, en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante tales decretos leyes delegados es un acto legislativo. En esta forma, el criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por el Parlamento como el dictado por delegación por el Jefe del Ejecutivo) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sub-legal, es decir,

sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos, en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sub-legal, es decir, se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Pero además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, *actos administrativos*.

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo la Corte o Tribunal Supremo ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales), y cuando los tribunales en general ejercen la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial, dictan *actos administrativos*; y cuando ejercen la función jurisdiccional, dictan *actos judiciales (sentencias)*. El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y de la acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los Tribunales judiciales, en tanto que el acto legislativo está reservado al parlamento, el cual puede delegarlo en el Jefe del gobierno (leyes de delegación) y el acto de gobierno está reservada al mismo jefe del gobierno²⁸; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sub-legal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son de rango sub-legal dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al criterio orgánico y a otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, el acto judicial está reservado a los tribunales judiciales (autónomos e independientes), con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen potestades constitucionales de Control y realizan la función de control, la función normativa y la función administrativa, las mismas se concretan en *actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares*.

En esta forma, el ejercicio de la *función normativa* se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); el ejercicio de la *función política*, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la *función jurisdiccional*, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la *función de control*, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la *función administrativa*, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las *leyes* sólo emanan del Parlamento actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de

²⁸ Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Jefe del Ejecutivo), legislativas (reservadas al parlamento, la cual puede delegarla en el Ejecutivo) y judiciales (reservada a los tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

control y de la función administrativa; que los *actos parlamentarios sin forma de ley* sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; que los *actos de gobierno* emanan del Jefe del Ejecutivo o Presidente, actuando en ejercicio de la función política; que los *decretos-leyes* emanan también del Presidente en ejercicio de la función normativa; y que los *actos judiciales* (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional. En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales, en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por el parlamento; los actos de gobierno y decretos leyes por el Jefe del Ejecutivo; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los *actos administrativos*, éstos pueden emanar del parlamento, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública Central) cuando actúan, en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos constitucionales y que ejercen los Poderes de Control actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los decretos-leyes, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

6 El control de la Administración Pública y la responsabilidad administrativa.

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico del Estado de derecho no debe haber actos estatales excluidos de control. De allí que dentro del marco constitucional del derecho administrativo también se identifique el de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del Poder Judicial o de tribunales Constitucionales.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, acción de amparo, recursos de revisión, recurso de casación), los demás actos estatales están sujetos al control judicial por parte de los jueces competentes para ejercer tanto la justicia constitucional como la justicia administrativa.

En cuanto al sistema de justicia constitucional, en Iberoamérica existe una variada clasificación de los sistemas y métodos del mismo, y salvo el caso en Argentina, donde el control de constitucionalidad sigue exclusivamente el método difuso, en el resto de los países en general, conocen de sistemas con método concentrado de control asignados a Tribunales Constitucionales o a los Tribunales o Cortes Supremas de Justicia (Salas Constitucionales); que se ejerce en relación con a las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, teniendo la jurisdicción Constitucional,²⁹ poderes anulatorios en la materia con efectos *erga omnes*.

Ahora bien, para asegurar la sumisión de los reglamentos y demás actos administrativos al derecho, conforme al principio de la legalidad que deriva de la concepción del Estado de derecho en general la gran mayoría de los Estados iberoamericanos han previsto en sus Constituciones una garantía judicial específica a cargo de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, al conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y de la legitimidad de las actuaciones de la

²⁹ Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 3013..

Administración Pública, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla intervenga.³⁰ Dichos órganos tienen competencia, en general, para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, así como para condenar al Estado al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; con poderes para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

En el marco del Estado de derecho, cuya fórmula es la acogida por todos los países iberoamericanos, por lo que se refiere a las competencias de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los siguientes deberían ser las cuatro consecuencias básicas:³¹.

En *primer* lugar, que debería regir el principio de la *universalidad del control* respecto de los actos administrativos, en el sentido, de que todos los actos administrativos tienen que poder ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La fórmula del Estado de derecho no admite excepciones, y por tanto, todo acto administrativo contrario a derecho debería poder ser controlado por los tribunales de la jurisdicción.

La consecuencia de ello es que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería contrario al Estado de derecho, y por tanto, inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales.

Por ello, en muchos países, a los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control. Es la tendencia a la universalidad del control lo que ha permitido someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa.

En *segundo* lugar y como consecuencia de la tendencia hacia la universalidad del control, está la tendencia de poner a disposición de los administrados una amplia gama de *recursos y acciones* para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión de amparo constitucional, comprende el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el conjunto de demandas contra los entes públicos por responsabilidad; y las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en *tercer* lugar, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como ha ocurrido en muchos países, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no con ello no sólo se asigna competencia a determinados tribunales para ejercer dicho control,

³⁰ Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.

³¹ Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993.

sino en que en realidad se consagra un *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración*. Con ello se ratifica el principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales–libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en *cuarto* lugar, la forma como conforme a la fórmula del Estado de derecho debería estar concebidas la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, debe implicar la asignación al juez contencioso–administrativo de *amplísimos* poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración, más allá del clásico derecho subjetivo, y de los derechos constitucionales, abarcando los intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

Se destaca, en este último aspecto, por supuesto, el marco constitucional de la responsabilidad administrativa tanto del Estado como de los funcionarios públicos. La realización de actividades estatales como resultado del ejercicio de competencias por los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto como resultado del ejercicio lícito de los Poderes Públicos como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado (los funcionarios públicos), como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos.

Por ello, el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es otro de los logros derivados de la fórmula del Estado de derecho, que impone a las personas jurídicas estatales la obligación de responder por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública, sea que se trate de un “funcionamiento normal” o del “funcionamiento anormal” de la misma,³² es decir, por actividades administrativas tanto lícitas como ilícitas. De ello podría mencionarse como principios generales, y salvo que las leyes administrativas dispongan otro régimen, los siguientes:

En *primer lugar*, que la responsabilidad del Estado se puede generar por daños causados a los particulares por culpa imputable a la Administración, como consecuencia de los actos u omisiones de sus funcionarios conforme a los principios del hecho ilícito que regulan los Códigos Civiles. Se trata, en este caso, de daños causados por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración que es el que origina el hecho ilícito, es decir, por lesiones producidas por actividades ilegales, contrarias a derecho o que no son realizadas con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que sean imputables a los funcionarios o titulares de los órganos del Estado.

En *segundo lugar*, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración Pública, pero sin que sea necesario establecer culpa alguna de los funcionarios o titulares de los órganos del Estado, como consecuencia de la teoría del riesgo también de acuerdo con lo establecido en los Códigos Civiles; y siempre que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad consagradas en los mismos y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

³² V. Luis A Ortiz Álvarez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995; José Ignacio Hernández G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*, Caracas, 2004.

En *tercer lugar*, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares, sin que haya culpa imputable a la Administración y, por tanto, aun cuando haya habido sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que por tanto sean derivados de lesiones causadas por el funcionamiento *normal* de la Administración. En estos casos, el Estado debe también reparar los daños causados por la lesión, pues el particular, conforme al principio de la igualdad ante las cargas públicas, no está legalmente obligado a soportar individualmente el daño que se le causa; y siempre, por supuesto, que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad que consagran los Códigos Civiles y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1 . Evolución de la legislación de la actividad formal de la Administración y los procedimientos administrativos

Bajo los parámetros anteriores derivados de la consideración del derecho administrativo como derecho del Estado y de sus bases constitucionales, uno de los signos más importante de la evolución nuestra disciplina, en relación con uno de sus objetos centrales que es el régimen formal de la actividad administrativa, ha sido el proceso de la codificación de la misma, en particular del procedimiento administrativo, lo que se ha materializado en la sanción de leyes reguladoras del mismo.³³

El proceso se inició en Iberoamérica, con el precedente fundamental de las importantísimas y ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958 de España, sustituidas al finales del siglo pasado por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999. Dichas leyes, sin duda tuvieron una influencia notable en la legislación latinoamericana, donde el proceso de codificación se inició, hace cuarenta años, con la sanción en Argentina de la Ley de Procedimientos Administrativos, N° 19.549 de 1972, reformada por la Ley N° 21.682, habiéndose sancionado posteriormente leyes sobre el mismo tópico en buena parte de los otros países, con impacto importantísimo en nuestra disciplina, al punto de que en todos ellos pude dividirse la evolución de la misma en dos grandes etapas referidas al antes y al después de la sanción de dichas leyes.³⁴

Con esas leyes, en todos nuestros países se le comenzó a dar un nuevo enfoque a uno de los objetos centrales de nuestra disciplina, que es la Administración Pública y su actividad, al comenzarse a regular en el derecho positivo, y no sólo como consecuencia de principios generales, tanto los principios de organización administrativa, como los aspectos formales y sustantivos de la actividad administrativa, y las bases de la relación de la Administración con los administrados. Estas leyes, por tanto, superaron el alcance limitado de las que las precedieron y que se referían básicamente a la organización interna de la Administración y sus prerrogativas. Con estas nuevas leyes se pasó así, a regular, además, el conjunto de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran no sólo la Administración sino los mismos administrados en sus relaciones recíprocas, buscando establecer el balance de siempre que persigue nuestra disciplina entre el conjunto de

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

³⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1990; *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Prólogo de Franck Moderne, Editorial Económica, París 1992; también publicado en *Etudes de droit public comparé*, Académie International de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274; y *Principios del Procedimiento en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.

poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre la Administración y los administrados, signada por la existencia de un desbalance a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese desbalance fue el que cambió sustancialmente a partir de la sanción de las leyes de procedimiento administrativo buscándose entonces una situación de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, que se garantizan.

Este cambio en el balance de esos dos extremos motorizado por las leyes de procedimiento administrativo, originaron en todos los países un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración, a los efectos de lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello comenzara a cambiar, pues del administrado que la Administración iba a enfrentar ya no era uno indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que significara la desmejora de esas garantías.

Como dijimos, ese proceso de transformación del derecho administrativo en Iberoamérica se inició con el Decreto-Ley N° 19.549/72 de 3 de abril de 1972 de Argentina, sobre procedimientos administrativos³⁵, texto que vino a culminar un largo proceso de regulación provincial sobre normas de procedimiento administrativo y de regulación nacional sobre los recursos administrativos, particularmente, sobre el recurso jerárquico y que se remontan a los años treinta (Decreto 20003/33 sustituido por Decreto N° 7520/44.). La Ley sentó las bases para asegurar a los administrados las garantías constitucionales del debido proceso, regulando los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia. Siguiendo la orientación argentina, la segunda de las legislaciones nacionales sobre procedimientos administrativos que se dictó en América Latina fue el Decreto N° 640/973 de 8 de agosto de 1973 del Uruguay, el cual completó el cuadro regulador de la actividad y trámites administrativos que se había establecido en anteriores Decretos de 1964 y 1966. Dicho Decreto fue sustituido posteriormente por el Decreto 500/991 de 1991, sobre Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central.

En este proceso de codificación se destaca, sancionada un lustro más tarde, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica de 2 de mayo de 1978, texto que, como lo señalamos hace algunos años podría ser considerado como el de un “Manual de Derecho Administrativo”, volcado en el articulado de un Código,³⁶ en la cual incluso se consagra la autonomía de nuestra disciplina, al declarar la independencia del ordenamiento jurídico administrativo de otras ramas del derecho.

³⁵ *Boletín Oficial* N° 22411 del 27 de abril de 1972. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo. Tomo II. Aspectos generales del procedimiento administrativo. El procedimiento Administrativo en el derecho Comparado*, Buenos Aires 2012,

³⁶ Alcance N° 90 *La Gaceta* N° 102 de 30 de mayo de 1978.. Véase Allan R. Brewer Carías “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, p. 31.

A la Ley costarricense, siguió cronológicamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 10 de julio de 1982 de Venezuela³⁷, texto que influenciado directamente por la Ley española, recogió todos los principios fundamentales relativos a la actividad administrativa desarrollada por los órganos de la Administración Pública; y en particular, los principios relativos a los actos administrativos (elaboración, formas y formalidades, efectos, revisión), que la jurisprudencia había establecido, habiendo contribuido ampliamente, desde su entrada en vigencia, a afianzar el principio de la legalidad administrativa.³⁸

Unos años más tarde, en 1984, se produjo la reforma del Código Contencioso Administrativo de Colombia, originalmente sancionado por Ley 167/1941, al cual se le incorporó un nuevo “Libro” sobre “Procedimientos Administrativos,” dándose un paso de avance en la codificación del derecho administrativo, al haberse regulado en un solo texto, que sigue siendo único en el Continente, todos los aspectos del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo. Esta importante legislación nacional reguladora del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo fue recientemente reformada en 2011, mediante la Ley 1437 contentiva del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.³⁹

Después del Código Colombiano de 1984, el proceso de codificación del derecho administrativo en Latinoamérica continuó con la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras de 1987; y luego de un período de casi diez años, se dictó en México, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994, con última reforma en 2011; en Brasil, la Ley N° 9.784 que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal de 29 de enero de 1999; en Panamá, la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales; en Perú, la Ley N° 27.444 del Procedimiento Administrativo General, de abril de 2001;⁴⁰ en Bolivia, la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 sobre Ley de Procedimiento Administrativo; y en Chile, la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, de Ley de Procedimientos Administrativos. En Ecuador también se dictó el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva por Decreto Ejecutivo N° 1634 de 1994, que regula aspectos del procedimiento administrativo.

³⁷ *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981. Véase sobre la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982. Véase sobre el origen de esta Ley: *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, Vol. 2, pp. 392 ss.

³⁸ Véase Allan R. Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 379-412.

³⁹ Véase *Diario Oficial* N° 47.956 de 18 de enero de 2011. Véase algunos comentarios sobre dicha reforma en Allan R. Brewer-Carías, Allan R. Brewer-Carías, “Los principios del procedimiento administrativo en la reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011), a la luz del derecho comparado latinoamericano,” en *Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Memorias*, Consejo de Estado, Bogotá 2011, pp. 115-144.

⁴⁰ Véase Allan R. Brewer Carías, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina (con ocasión de la primera década de la Ley No. 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú 2001-2011),” en *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, No 67, *El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011, pp. 47-77.

Más recientemente, en la República Dominicana se sancionó la Ley No. 107-17 de 6 de agosto de 2013 sobre el Procedimiento Administrativo, que es la última de las leyes reguladoras del procedimiento administrativo que se han sancionado en América Latina.⁴¹

Otro rasgo común de este conjunto normativo es que abarcan todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos. Por ello puede considerarse que casi todas estas leyes, son básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo.

Además, todas las leyes regulan el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, buscan que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados; de lo que deriva otro rasgo común de las mismas en el sentido de establecer las formas de la actuación de la Administración en sus relaciones con los particulares, de manera que se desarrollen con el menor formalismo posible, evitando la realización o exigencias de trámites, formulismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten la acción administrativa.

Por último, no debe dejar de mencionarse que como parte también de la tendencia a la codificación del derecho administrativo, que en paralelo a las leyes de procedimientos administrativos que básicamente se destinan a regular la acción unilateral de la Administración manifestada a través de los actos administrativos, en casi todos los países Iberoamericanos se han dictado leyes específicas sobre los contratos públicos o contratos que la Administración Pública celebra con los administrados, los cuales mediante los mismos asumen el rol de colaboradores de la Administración. Se trata de otro de los contenidos esenciales de la disciplina, los cuales después de su larga creación jurisprudencial, han encontrado su regulación legal que se aplican en adición a las normas de los Códigos Civiles, con normas destinadas particularmente a establecer los principios para la selección de contratistas, a los efectos de asegurar la transparencia de las actividades administrativas, así como a regular los aspectos esenciales de la ejecución de los contratos.

2. Finalidad de las leyes de procedimiento administrativo

Ahora, en cuanto a las leyes reguladoras de los procedimientos administrativos, el signo común de las mismas es que con ellas se comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto de nuestra disciplina, es decir, a la Administración Pública y a su actividad, comenzándose a regularla con mayor amplitud y precisión, tanto en cuanto a los principios de organización como en sus aspectos sustantivos y los referidos a su relación con los administrados. Por ello, por ejemplo, la Ley peruana es precisa al indicar como su finalidad al establecer el régimen en ella previsto, *primero*, la “protección del interés general”; *segundo*, la “garantía los derechos e intereses de los administrados”; y *tercero*, que esos dos fines se logren “con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.” (Título Preliminar, art. III). En esta forma, del contenido general de esta Ley, como sucede igualmente, por ejemplo, con el Código de Colombia de 2011, la enumeración de los principios del procedimiento administrativo, e incluso, el desarrollo legal de su significado, puede considerarse como un rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, poniendo en evidencia la motivación general de estos cuerpos normativos, que no es otra que el establecimiento de un régimen legal para, por una parte, guiar la acción de la Administración para la producción de sus actos administrativos; y por la otra, garantizar los derechos de los administrados frente a la Administración.

Dichas leyes son, así, el resultado del mencionado proceso de lucha permanente que ha caracterizado el desarrollo de nuestra disciplina, dirigido hacia la búsqueda del necesario balance entre los privilegios de la Administración Pública como gestora del interés general, y los derechos de los administrados. De allí precisamente que todas las leyes regulen el

⁴¹ Véase Allan R. Brewer Carías, “Principios del procedimiento administrativo en la Ley N° 107-13 de la República Dominicana sobre procedimientos administrativos de 6 de agosto de 2013,” en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 59-72..

desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, busquen que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados.

Eso es lo que se evidencia también, por ejemplo, de los “Considerandos” de la Ley de Honduras de 1987, al señalar que en el Estado Moderno:

“La satisfacción de los intereses públicos exige el respeto de las formas creadas como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa.”

Asimismo, en los “Considerandos” del Decreto Ley 500 de Uruguay de 1991, se precisó la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la Administración:

“A fin de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados.”

Eso se señala también expresamente, por ejemplo, en el artículo 1º de la Ley 9.784 de Brasil; en el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú; y es lo que se expresa con toda claridad y más ampliamente, incorporándose el principio de legalidad, en el artículo 1 del Código de Colombia al definir su finalidad.

El procedimiento administrativo, por ello, nunca puede considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar el fin perseguido por la Administración. De allí el llamado principio de la instrumentalidad de las leyes de procedimiento, el cual permite desdoblarse la finalidad del procedimiento administrativo en tres: primero, la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del interés del administrado, y tercero, el logro del interés de la propia Administración sometida a la legalidad.

En cuanto a la primera de estas finalidades, siendo el procedimiento un asunto de la Administración, en el mismo se “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general” como hemos indicado que expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, o en otras palabras, con el objeto asegurar que el desempeño de la función pública esté destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad (art. 4,a, Ley de Bolivia).

Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan “garantizar la buena marcha de la Administración” (Considerandos); y la Ley General de Costa Rica precisa que “el procedimiento administrativo sirve para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración” (art. 214,1); agregando que “la norma administrativa debe ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige” (art. 10).

Pero en segundo lugar, además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Ley General de Costa Rica, donde se indica que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado.”(arts. 10,1 y 214,1); así como en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa” (Considerandos).

En igual sentido se expresa, como también hemos indicado, el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, y se expresaba el Código colombiano de 1984 en el cual se exigía de los funcionarios que en su actuación también debían tener en cuenta “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (art. 2).

La consecuencia del mencionado principio de la instrumentalidad es entonces la proscripción de la utilización del procedimiento establecido en las leyes, para la consecución de fines distintos a los previstos en ellas, constituyendo lo contrario un vicio

de ilegalidad de la actuación de la Administración por desviación de poder en el resultado, es decir, la llamada desviación del procedimiento.

Y en tercer lugar, la otra finalidad del procedimiento administrativo, que engloba todos los principios antes mencionados, es que la relación jurídica que siempre se establece entre la Administración y los administrados con motivo de la actividad administrativa, debe desarrollarse con sujeción al principio de legalidad. Y en este sentido, sin duda, ha sido el proceso de positivización de principios y elementos sustantivos y adjetivos de la actividad administrativa contenida en estas leyes de procedimiento administrativo, el que ha tenido una consecuencia fundamental en el desarrollo de nuestra disciplina mediante el reforzamiento del mismo principio de la legalidad con el objeto de asegurar no sólo el sometimiento de la Administración Pública al derecho, sino garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma.⁴² Por ello precisamente, la Ley sobre Procedimiento Administrativo general del Perú, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

Ello ha implicado en relación al principio de legalidad, y precisamente como consecuencia de las propias leyes de procedimiento administrativo, que dicho principio haya dejado de ser sólo un principio general del derecho y se haya convertido en un postulado del derecho positivo, expresado formalmente cada vez con más frecuencia y precisión, en los textos, como es el caso del Código de Colombia cuando indica expresamente en su artículo 1º como “finalidad” de las normas del Libro Primero del mismo, asegurar “la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico.”

Así también sucede, por ejemplo, en la Ley de Bolivia, que hace referencia al “principio de legalidad y a la presunción de legitimidad” (art. 4, g) y al “principio de sometimiento pleno a la ley” de manera que “la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso” (art. 4,c). Igualmente, la Ley 9784 de Brasil, impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (art. 2, Parágrafo Único, I); la Ley de Venezuela, indica que “la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad” (art. 4); y la Ley General de Costa Rica señala que: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

“La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.”

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho implica, por tanto, que las actividades que realice la Administración Pública no sólo deben someterse al derecho, sino incluso, en el caso del procedimiento administrativo, a los propios principios del mismo que también ya forman parte del derecho positivo, lo que implica que las actividades contrarias a dichos principios pueden ser controladas con mayor precisión por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, dichos principios, además, en el Código colombiano se los declara como imperativos, al disponer expresamente que todas las autoridades deben “interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales” (art. 3).

⁴² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimiento administrativo en América Latina”, en *La relación jurídico administrativa y el procedimiento administrativo, V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. FUNEDA, Caracas 1998, pp. 21-90.

En igual sentido, la Ley Federal mexicana, prescribe que las disposiciones sobre procedimiento administrativo “Son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa” (art. 12); imperatividad que en el caso de la Ley General de Costa Rica se precisa que es en aquellos procedimientos en los cuales “el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;” o en los cuales haya habido “contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente” (art. 308).

El derecho administrativo en América Latina, por tanto, como resultado de este estándar continental que ya existe en materia de los principios del procedimiento administrativo y que ha quedado plasmado en las leyes de procedimiento administrativo, sin duda se encuentra ahora en una situación de avanzada en el derecho comparado que hace décadas, quienes nos ocupamos de estos temas desde hace algún tiempo, sólo soñábamos.

Siendo todos los aspectos antes mencionados, parte esencial de la finalidad y sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de las relaciones entre la Administración y los administrados, en las cuales el balance estaba siempre a favor de la primera, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y sobre las obligaciones de los administrados, y pocas sobre los derechos de éstos últimos. Ese balance fue el que se cambió sustancialmente con las leyes de procedimiento administrativo, buscándose entonces una situación de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los administrados, que en las leyes se buscó garantizar, pasándose así a reforzar el principio de la legalidad.

En esta orientación, al cambiar totalmente el desbalance de los dos extremos de la relación de derecho administrativo y establecerse el necesario equilibrio entre ellos, las leyes de procedimiento administrativo han contribuido a generar en todos los países un cambio de actitud y de forma y método del actuar de la Administración Pública, procurando lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, de manera que el administrado que la Administración iba a enfrentar ya no fuera un sujeto indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos frente a la Administración y con muchos mecanismos jurídicos para garantizarlos y para controlar cualquier actitud que significara su desmejora.

Otro rasgo común del conjunto normativo sobre procedimientos administrativos en América Latina es que estas leyes han abarcado todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos, al punto de que podemos considerar que casi todas estas leyes son, básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo. Así sucede, por supuesto en el Perú, donde el Título I de la Ley se dedica a normar el régimen jurídico de los actos administrativos, de manera que en el artículo 29, al definir el procedimiento administrativo, se lo entiende como él:

“conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”

Por ello es que, por otra parte, en el desarrollo del derecho administrativo hayan sido estas leyes las piezas esenciales para el afianzamiento del principio de la legalidad,⁴³ al

⁴³ véase Allan R. Brewer-Carías, “El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina,” en Domingo García Belaúnde *et al.*, *Homenaje a Valentín Paniagua*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010, pp. 340-360; y en

punto de que se pueda encontrar en las mismas, como sucede con la Ley peruana como antes hemos destacado, la definición de dicho principio (Título Preliminar, Artículo IV.1.1).

Por otra parte, todas estas leyes de procedimiento administrativo se han configurado con una universalidad adecuada de manera que han llegado a constituir cuerpos normativos que incluso se aplican obligatoriamente a todas las autoridades administrativas, y no sólo a la Administración Pública del Poder Ejecutivo, e incluso, a los demás órganos del Estado cuando actúan en ejercicio de la función administrativa. Ello es lo que explica que la Ley peruana al decir que se aplica a “todas las entidades de la Administración Pública,” entienda a sus fines como tales no sólo al “Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados,” a los Gobiernos Regionales y Locales; y a las “demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas”; sino al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; y además, a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado (Título Preliminar, art. 1)

Previsión esta de gran importancia, y que recoge lo que es un signo común en el derecho administrativo latinoamericano, donde la Administración y la actividad administrativa en sentido lato están desligadas del “Poder Ejecutivo” constituyendo administraciones públicas las de los otros poderes del Estado e igualmente actividad administrativa la realizada por particulares cuando ejercen la función administrativa.

3. La enumeración de los principios del procedimiento administrativo en las leyes latinoamericanas

Una característica general de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina, es la enumeración en el propio texto de las leyes, del conjunto de principios generales sobre los mismos,⁴⁴ los cuales, como consecuencia de ello, ya no se tuvieron que deducir de la interpretación judicial, permitiendo así al juez contencioso administrativo o de control de la actividad administrativa, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa.

Fue así como en la Ley argentina de procedimientos administrativos se comenzó por enunciar, en su artículo 1º, como los principios que rigen en el procedimiento administrativo, la “impulsión e instrucción de oficio,” la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites” y el “informalismo,” consistente en la “excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente.”

Esta orientación se siguió en todas las leyes de procedimiento administrativo, en un proceso signado por la progresividad. Por ejemplo, en la Ley de Honduras se precisó que “la actividad administrativa debe estar presidida por principios de economía, simplicidad, celeridad y eficacia que garanticen la buena marcha de la Administración”, a fin de lograr una pronta y efectiva satisfacción del interés general (art. 19).

En el caso de Venezuela, además de los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos agregó el principio de imparcialidad (art. 30) y, adicionalmente, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008 enumeró los siguientes principios en los cuales se debe fundamentar la simplificación de trámites administrativos: “conforme a los

Revista Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, N° 8, México, 2010.

⁴⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

cuales se deben elaborar los planes de simplificación, que son: “simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas.”

Estos principios se repitieron en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, al precisar que su actividad se debe desarrollar con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.” A la norma se agregó, además, la indicación de que “La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.”

En Ecuador, igualmente, la Ley de Modernización del Estado precisó que los procesos de modernización se deben sujetar a los principios de eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.

En el Código de Colombia, además de todos estos principios de eficacia, economía y celeridad, se agregaron otros como los de publicidad, contradicción y conformidad con el propio Código (art. 3); a los que se sumaron en la reforma del Código de 2011 los principios “del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, coordinación” (art. 3)

En la Ley Federal de México, se siguió la misma orientación del texto colombiano, incluyéndose el agregado del principio de la buena fe (art. 13).

Hay otros textos, como el Decreto del Uruguay, donde la enunciación de los principios es más extensa y comprensiva, como resulta de su artículo 2, conforme al cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales: a) Imparcialidad; b) Legalidad objetiva; c) Impulsión de oficio; d) Verdad material; e) Economía, celeridad y eficacia; f) Informalismo en favor del administrado; g) Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) Delegación material; i) Debido procedimiento; j) Contradicción; k) Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; l) Motivación de la decisión; y m) Gratuidad.

En el mismo sentido se destaca la Ley de Brasil, la cual destinó al tema de los principios del procedimiento administrativo un extenso artículo (art. 2), en el cual se enumeran además de un conjunto de criterios que deben guiar los procedimientos administrativos, los “*princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*”

También en la Ley del Perú de 2001 se produjo un avance fundamental en este proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo, al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo: principio de legalidad; principio del debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores.

Una enunciación similar, de carácter exhaustivo se puede encontrar en la Ley de Bolivia de 2002, en la cual el artículo 4, además de precisar que “desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad,” enumera e incluso define los siguientes principios a los que debe sujetarse la Administración Pública: de autotutela, de sometimiento pleno a la ley, de verdad material, de buena fe: de imparcialidad: de legalidad y presunción de legitimidad, de jerarquía normativa, de control judicial, de eficacia, de economía, simplicidad y celeridad, de informalismo, de publicidad, de impulso de oficio, de gratuidad, y de proporcionalidad.

En la Ley N° 38 de Panamá, entre las misiones de la Procuraduría de la Administración se indica la “coadyuvar a que la Administración Pública desarrolle su gestión con estricto apego a los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad en la prestación de los servicios públicos” (art. 3,2); y luego en su artículo 34 se precisa que “las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.”

Por último, en la Ley N° 19.880 de Procedimientos administrativos de Chile de 2003, también se indica que el procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad (Art. 4).

Estos principios, además, como lo señala el artículo 2 de la Ley de Brasil, deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento.

En el mismo sentido, se regula en la Ley de Honduras (art. 19 y 114) y la Ley del Perú (artículo IV del Título preliminar), donde se señaló no sólo que los principios deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, sino además, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, una enumeración extensísima de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, de Uruguay y de Perú, sin duda, como se dijo, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso-administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa.

Pero por supuesto, mucho más importante que la sola enumeración de los principios, es la definición en los textos legales del contenido de los mismos, como ocurre con el artículo 4 de la Ley de Bolivia antes mencionado. Es lo que hacen el Código colombiano (art. 2) y más extensamente, la Ley del Perú, en la cual su artículo IV, 1.2 del Título Preliminar dispuso que los administrados deben gozar de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Conforme a todas estas previsiones, sin duda, leyes de procedimiento administrativo en Iberoamérica han consolidado la formalización o juridificación del derecho administrativo,⁴⁵ al positivizarse lo que al comienzo eran solo principios generales de la disciplina, estableciéndose en forma detallada en las mismas previsiones sobre los actos administrativos, su formación, efectos, ejecución, revisión y control; el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares; los vicios de

⁴⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Derecho Administrativo Comparado,” en Lucio Pegoraro (Coordinador General), *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2012, pp. 84-90.

nulidad que pueden afectarlos, y los principios para su revisión mediante recursos. La consecuencia es que a partir de la entrada en vigencia de estas leyes, comenzó a ser más segura la posibilidad de ejercer el control judicial efectivo sobre la actividad de la Administración Pública, siendo dichas leyes la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha enriquecido la disciplina.

Por otra parte, mediante estas leyes, el procedimiento administrativo se ha enriquecido con los principios del debido proceso cuya garantía también está obligada la Administración Pública a respetar, particularmente en los procedimientos sancionatorios, regulándose en las leyes administrativas no sólo la garantía de que la decisión administrativa se adopte por el órgano competente; sino respecto de los administrados, el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados; el derecho a ser oído; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma; el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del sancionado; y el derecho a la doble instancia. Todos estos principios fueron los que llevaron a superar, por ejemplo, instituciones que décadas atrás habían sido aceptadas, como la aplicación del principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, el cual en muchos países se ha considerado inconstitucional.

Como se ha dicho, en la actuación administrativa, la competencia de las autoridades administrativas siempre tiene que estar prevista en texto legal expreso, en el cual se autorice la actuación del funcionario. Esta previsión legal de la competencia, sin embargo, si bien en muchos casos está prevista con precisos límites en la ley, en muchos otros casos, es la ley la que le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En este último caso, se está en presencia del ejercicio de poderes discrecionales, que existen, precisamente cuando la ley permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia para la emisión del acto administrativo de acuerdo a los intereses públicos envueltos, teniendo el poder de elegir entre diversas alternativas igualmente justas. El tema central en materia de discrecionalidad, sin embargo, ha sido el de su limitación para evitar la arbitrariedad administrativa, y someter a control judicial la totalidad de las actividades administrativas, precisando las áreas de actuación que no constituyen discrecionalidad como el caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, mientras las competencias discrecionales dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, en materia de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado no sucede lo mismo, pues en su aplicación sólo se admite una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma que autoriza la actuación.

Pero incluso depurada en esta forma la actividad discrecional, la libertad dada al funcionario para desarrollarla también está sometida a límites y controles en aplicación de principios generales del derecho como los de razonabilidad y racionalidad; de lógica, la justicia y la equidad; y de proporcionalidad, los cuales progresivamente se han venido incorporando como texto expreso en leyes de procedimiento administrativo.

New York, junio 2015