

El “*origen del mal*” del Derecho Administrativo. Reflexiones para contribuir a su proceso de renovación permanente.

Jorge C. Kiriakidis Longhi¹

Resumen.

El Derecho administrativo tiene su origen histórico e ideológico en la Francia de finales del siglo XVIII. Ese origen explica muchos de sus postulados y principios (más afines al Antiguo Régimen y menos a la libertad). En Francia y ahora en Venezuela, el Derecho administrativo ha sido una mejor opción que el principio de la infalibilidad de la corona. Pero aun hoy el Derecho Administrativo dista de ser su mejor versión. Para ello hace falta reconocer que algunos de sus principios son obsoletos y responden a un estado de cosas ya superado.

Sumario. Introduction. 1. Derecho Administrativo y Revolución Francesa. 2. La Separación de poderes como estrategia política más que como un principio (El primer presupuesto francés). 3. Una Administración Juez y Parte (El segundo presupuesto francés). 4. Un derecho para la Administración. 5. Un derecho distinto que principalmente otorga privilegios a la Administración (El derecho de la Potencia Pública). 6. La noción de Servicio Público y sus consecuencias (expansión del Estado a costa de la libertad de los individuos). 7. Orígenes del Derecho Administrativo en Venezuela. 8. El Derecho Administrativo Venezolano. A modo de conclusión: Un derecho para la libertad.

Palabras clave: Historia. Revolución Francesa. Privilegios. Poder Público. Separación de Poderes. Servicios Públicos. Libertad. Igualdad ante la ley.

The “Origin Of The Evil” Of Administrative Law. Reflections To Contribute To It’S Permanent Renewal Process

Abstract

Administrative law has its historical and ideological origin in France at the end of the eighteenth century. That origin explains many of its postulates and principles (more akin to the Old Regime and less to freedom). In France and now in Venezuela, administrative law has been a better choice than the principle of crown infallibility. But even today Administrative Law is far from its best version. For this, it is necessary to recognize that some of its principles are obsolete and respond to a state of affairs already outdated.

Summary. Introduction. 1. Administrative Law and the French Revolution. 2. The Separation of Powers as a political strategy rather than a principle. 3. An Administration Judge and Party. 4. A right for the Administration. 5. A distinct right that mainly grants privileges to the Administration (The right of the Public Power). 6. The notion of Public Service and its consequences (expansion of the State at the expense of the freedom of individuals). 7. Origins of Administrative Law in Venezuela. 8. Venezuelan Administrative Law. By way of conclusion: A right for freedom.

Keywords: History. French Revolution. Privileges. Public Power. Separation of Powers. Public Services. Freedom. Equality before the law.

¹ Este artículo fue originalmente preparado como memoria final de la cátedra Teoría Profundizada del Derecho dictada por la Profesora Andrea Rondón en el Doctorado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, bajo el título “El Derecho Administrativo: herramienta del Estado, no de la Libertad”.

¹ Profesor de Post Grado de la UCAB y la UMA. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Paris II y Derecho Procesal Constitucional por la UMA, Candidato a Doctor en Derecho por la UCAB.

¹ Se puede leer el cuento de TOLSTOI, titulado “El origen del mal” (del que hemos tomado prestado parte del título) en el enlace <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/CuentosMas/OrigenMal.pdf>

¹ WEIL, Prosper. Le Droit Administratif, Coll. Que sais-je?, 15 Edition, Presses Universitaires de France, Paris, 1992. p.3.

Introducción.

Hay en el título de estas reflexiones un avance de lo que es nuestra hipótesis de trabajo, y esto es, que hay algo la propia naturaleza del Derecho Administrativo – en su οντος - que es la razón o la causa de sus problemas. Como se entiende no es casual la referencia al cuento de León Tolstói.

También confiesa el título que el propósito de estas reflexiones no es denunciar o agredir a esta especialidad, sino por el contrario, contribuir al proceso de revisión permanente en el que se encuentra, planteando lo que, en nuestra opinión, puede ser el origen del mal o la causa del problema, esto con la esperanza de que, en un correcto diagnóstico de las causas de la enfermedad, el médico tratante tendrá un elemento indispensable para aplicar el tratamiento correcto para curar al paciente (valga aquí el símil médico al que con mucha ligereza acudimos frecuentemente los abogados).

Por último, y aun cuando al final de estas notas - a modo de conclusión- se proponen algunas ideas en torno a los posibles correctivos, el propósito de este trabajo se limita a identificar lo que hemos denominado el origen del mal, entendiendo que, frente a esas reflexiones, otros podrán, cuestionarlas y demostrarlas equivocadas, o validarlas y trabajar en los posibles correctivos a ser aplicados.

Hechas estas aclaratorias iniciales, debemos entrar en materia, y así decir que hay en la obra del Profesor Weil sobre el Derecho Administrativo - un clásico breve del Derecho Administrativo que seguramente todos han leído - una reflexión introductoria que retrata lo que, en nuestra opinión, es la causa de los problemas del Derecho Administrativo y sirve de punto de partida a estas reflexiones. En efecto, el Profesor emérito de la Universidad Panthon-Assas sostiene:

“La misma existencia de un Derecho Administrativo constituye una suerte de milagro. El derecho que se impone a la actividad de los particulares les es impuesto desde fuera, y el respeto de los derechos y obligaciones que él comporta se encuentra bajo la autoridad y la sanción de un poder exterior y superior: el del Estado. Pero que el Estado acepte considerarse atado (limitado) el mismo por el derecho, eso causa asombro. (...) Es necesario que haga un esfuerzo para considerarse forzado a permanecer

² Se puede leer el cuento de TOLSTOI, titulado “El origen del mal” (del que hemos tomado prestado parte del título) en el enlace <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/CuentosMas/OrigenMal.pdf>

JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI

*dentro de los cauces de un derecho que le indica ciertas conductas y le prohíbe otras. Y con mayor razón aún debe considerarse como poco normal que sus decisiones deban ser sometidas a la censura de un juez (...)*³

Lo que hace ruido en este texto no es la idea de que el derecho limite la actividad de la Administración⁴, lo que hace ruido es que eso cause sorpresa y se le considere “un milagro”. En efecto, pensar que el derecho es algo que le es impuesto a las personas y que es creación exclusiva del Estado, revela una cosmovisión en la que el Estado es, en definitiva, un poder superior y externo a los ciudadanos. Y así, nada ha cambiado – por lo menos en la visión francesa de las cosas – desde tiempos de Luis XIV (el Rey Sol).

Desde esa perspectiva – desde esa comprensión de la realidad - el Estado tiene existencia propia e independiente de los individuos, y lo que es más importante, tiene poder sobre ellos y no a la inversa. En esa visión el Estado es soberano y los individuos son súbditos. El derecho son las directrices que impone el Estado soberanamente a los individuos y los derechos son concesiones (dádivas, regalos, gracias) que el Estado otorga a los individuos⁵.

Es esa visión de las cosas la que permite maravillarse de la bondad del Estado (y la Administración) al auto limitarse por el derecho, ya que el derecho no es sino un producto de sí mismo y el Poder es un patrimonio soberano e ilimitado que le pertenece e incluso le es inherente.

Y es esta la visión la que ha inspirado y aún inspira las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y sus principios rectores.

Y el caso es que el Derecho Administrativo es una especialidad jurídica, un sistema normativo especial, que, si bien convive con el resto del ordenamiento, responde a unos principios y a una idiosincrasia diferentes a los del resto del ordenamiento y que son propios de los hombres y de la época en los que se originó esa especialidad.

³ WEIL, Prosper. *Le Droit Administratif*, Coll. *Que sais-je?*, 15 Edition, Presses Universitaires de France, Paris, 1992. p.3.

⁴ Idea que responde claramente a los postulados del Principio de Legalidad.

⁵ Pensemos por un momento en los “derechos sociales”, que la doctrina diferencia de los “derechos civiles y políticos” asegurando que los sociales son “*mandatos de optimización*”, cuya exigibilidad, eficacia, y, en definitiva – diremos nosotros – existencia, depende de los recursos que posea el Estado y de su voluntad de asignarlos a una prestación concreta. Textualmente la mejor doctrina en esta materia enseña que los derechos económicos y sociales “*(...) son exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos, puesto que las obligaciones contraídas esta vez son de medio o de comportamiento, de tal manera que, para establecer que un gobierno ha violado tales derechos no basta con demostrar que no ha sido satisfecho, sino que el comportamiento del poder público en orden a alcanzar ese fin no se ha adecuadamente a los standards técnicos o políticos apropiados.*” (NIKKEN, Pedro. *El concepto de los Derechos Humanos* publicado en *Estudios básicos de derechos humanos I*, IIDH, San José de Costa Rica, 1994. P. 31.) De tal manera que vale preguntarse ¿Cómo, sino como una gracia – un regalo - del Poder, se puede comprender a estos “derechos”? Y ¿en qué se diferencia esto de la concepción de tiempos de las Monarquías absolutas?

Efectivamente, el Derecho Administrativo es hijo de la Revolución Francesa y de los franceses de aquel tiempo. Y así es un derecho que ve en el Estado y en la Administración un agente del cambio social, un ductor, un tutor de la sociedad y del individuo.

En aquella realidad – que aún hoy es un presupuesto indispensable del Derecho Administrativo - el Estado tiene una misión importante, reformar el sistema (y a la sociedad misma) y hacer vigente la igualdad, esa es una misión que encarna el más prístino interés general, por eso debe dársele poder (bajo la forma de privilegios y prerrogativas), pues, en definitiva, el Estado, y muy especialmente la Administración, trabaja en beneficio de todos. Y en esa misión se involucra el Derecho Administrativo, habilitando a la Administración para llevar adelante su importante misión.

Por eso es que el Derecho Administrativo entiende que el interés general – del que se apropia la Administración, como antes lo hacía la Corona - debe prevalecer sobre los individuos y sus "derechos individuales". Para ello, aprovecha estructuras y modos de hacer las cosas de tiempos de la Monarquía, y por eso, aun cuando pregona la igualdad entre las personas, abraza los privilegios monárquicos y los toma para sí.

El Derecho Administrativo es así, y, en primer lugar, un derecho que habilita a la Administración, para que ésta lleve adelante su importante misión. Una misión que encarna el interés de todos, el interés general. Este derecho, así concebido, necesariamente – por más esfuerzos que se hagan en sentido contrario - tiende a fomentar el crecimiento del Estado a expensas del individuo y sus libertades. Y es obvio, este es un derecho que entiende que lo colectivo (que encarna el Estado y la Administración) es éticamente superior a lo individual.

Es cierto que, por lo menos en teoría, que el Derecho Administrativo cumple con una segunda misión, la de someter a Derecho al Estado y concretamente a la Administración, y servir así de instrumento de control.

Pero es el mismo derecho que antes ha habilitado a la Administración, es ese derecho construido bajo la idea de que es la actuación de la Administración la que realiza el interés general que debe imponerse a los mezquinos y peligrosos intereses particulares del individuo.

Es obvio que, entre sus dos funciones, este derecho, que habilita y limita, coloca su mayor atención en la tarea de habilitar al poder ⁶.

Y esta es una visión que está reñida, ahora más que antes, con una cultura jurídica que acepta, de modo universal, la importancia e inherencia de los Derechos Humanos y su papel como límite infranqueable a la actividad del Estado y definitorio de su responsabilidad (tanto a lo interno como en el ámbito internacional).

Valga aclarar que no se trata de demeritar el papel que ha jugado el Derecho Administrativo – y mis colegas administrativistas - como medio para hacer progresar la idea de Estado de Derecho e intentar proteger las libertades de su principal y tradicional enemigo: el Estado.

Es cierto que, entre la situación anterior (en tiempos de la Monarquía Absoluta francesa) en la que campeaba el principio de infalibilidad de la corona, y la posterior (digamos la actual, toda vez que luego de la Revolución también tuvo lugar el periodo de “el terror”, que dista de suponer alguna mejora en la situación de las personas), en la que se reconoce la posibilidad de la falibilidad y el sometimiento a derecho – aun cuando uno muy complaciente y diferente al que se aplica a las personas – del poder, existe un avance innegable.

Pero la situación, dista – aun hoy - de ser óptima. El sometimiento a derecho y el control de la Administración Pública es aun hoy una deuda del Derecho Administrativo.

Y ¿qué es entonces lo que dificulta que se avance en la dirección a un mayor control y sometimiento a derecho del Estado y la Administración?

En nuestra opinión este problema del Derecho Administrativo se encuentra en los principios que lo inspiran (tal vez más que en los principios, en su enfoque de la realidad), y tal vez, la forma de superarlo pase por replantearse esos principios y el enfoque de esta especialidad dentro del derecho.

No es una herejía en esta disciplina proclamar la existencia de problemas o de crisis, ni plantear ideas para enfrentarla. La corta historia del Derecho Administrativo está llena de crisis de crecimiento y reformas, y en la actualidad, en el mundo, hay un sostenido empeño revisionista⁷.

⁶ Es imposible no recordar, con ocasión a esta dualidad de fines, el pasaje de la Biblia Católica, Mateo 6:24: “*Nadie puede servir a dos señores; porque aborrecerá a uno y amará al otro; o bien se entregará a uno y despreciará al otro. (...)*”.

Veamos ahora las justificaciones o razones de lo que hemos dicho. Esas razones, que a continuación se exponen, pasan por hacer un recuento y dar una mirada a los orígenes históricos del Derecho Administrativo Clásico, y a las ideas que sirvieron de fundamento, justificación y punto de arranque, para luego dar una breve pero análoga revisión a lo que con esta disciplina ocurrió en Venezuela, para finalmente concluir en algunas ideas sobre lo que, teniendo esto en cuenta, podría hacerse con esos problemas para hacer avanzar esta disciplina en un sentido más acorde a las necesidades de la sociedad actual.

1. Derecho Administrativo y Revolución Francesa

El Derecho Administrativo tiene, sin dudas, una estrecha relación con la Revolución Francesa. Él es el resultado de una particular interpretación del principio de separación de poderes que hacen los hombres de la revolución de cara a sus propias experiencias y necesidades del momento. Además, constituye el modo en cómo se concretó la idea de someter a derecho la actuación del Estado (la noción de Estado de Derecho). Esa relación filial entre esta especialidad jurídica y el evento social e histórico que fue la Revolución Francesa puede llevar a pensar - y no es descabellado hacerlo - que siendo la Revolución Francesa un evento movido por ideas liberales⁸ esta especialidad debería, en alguna medida, estar marcada por ese mismo pensamiento⁹. Sin embargo, esa hipótesis, fácilmente y luego de una pequeña revisión, se desvanece, y es la afirmación contraria, esto es, que el Derecho Administrativo tiene poco de liberal, la que parecería más acertada.

Al respecto González tajantemente sostiene que “las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo son claramente iliberales”¹⁰ y explica brevemente que aquello se debe a que

⁷ Una larga lista de autores y trabajos sobre el tema de la crisis y la revisión del Derecho Administrativo se puede encontrar en JIMENEZ-BLANCO CARRILLO, A. Coloquio de Clausura “El futuro del Derecho Administrativo”, Siences Po (Paris), Cátedra mutaciones de la acción pública y el derecho público, 21 y 22 de junio de 2018, publicado en Revista de Administración Pública, Nro. 207, Madrid, 2018, pp. 319-343, consultado en <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.12>

⁸ No se trata aquí de afirmar que la Revolución Francesa haya sido una Revolución Liberal, sin embargo es indiscutible que el pensamiento liberal sirvió, cuando menos, de justificación ideológica al movimiento revolucionario y fe de ello dan los contenidos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. No obstante, desde la Revolución se persiguieron – entre otras- la libertad de culto, al punto que Rallo afirma que: “(...) el comportamiento que adoptó el Estado revolucionario francés contra la Iglesia Católica a partir de 1789 debe considerarse radicalmente antiliberal” (RALLO, Juan Ramón. Liberalismo: los 10 Principios Básicos del Orden Político Liberal, Ediciones Deusto, Barcelona, 2019. p. 149)

⁹ Sobre este parecer se puede consultar el maestro del Derecho Administrativo venezolano ARAUJO-JUAREZ, José. Aproximación a los Fundamentos Ideológicos del Derecho Administrativo, publicado en Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia, Liber Amicorum al Profesor José Araujo-Juárez, Edición CERDECO/CIDEP, Caracas, 2018. P.77.

¹⁰ GONZÁLEZ, José Valentín. Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo. En Revista de la Facultad de Derecho 2012-2015/Nro. 67-70. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015. p. 167.

“gran parte del siglo XIX Francia fue democrática pero difícilmente liberal”¹¹ y que las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo – como la autotutela y el solve et repete - “existían desde el Antiguo Régimen y el Estado Liberal de Derecho no fue capaz de suprimirlas”¹².

2. La Separación como estrategia política más que como un principio (El primer presupuesto francés)

En efecto, la génesis de esta especialidad jurídica se encuentra -y esto lo reconoce ampliamente la doctrina francesa – en un ajuste que se hizo al principio de separación de poderes para eludir sus consecuencias naturales en lo que al poder judicial se refiere, y de cara a las realidades sociales que debían enfrentar los revolucionarios en aquel país y en aquel período de la historia.

Weil, lo anuncia y lo justifica señalando que:

“Las jurisdicciones del Antiguo Régimen habían sostenido una lucha subterránea y a menudo eficaz, contra los intentos de la monarquía de modernizar la administración y reformar la sociedad. Esta resistencia de los parlamentos alcanzó su paroxismo con Luis XV y Luis XVI. Esto es lo que explica que una de las primeras medidas de la Constituyente haya sido romper tajantemente, por la Ley 16-24 de agosto de 1790, toda posibilidad y todo intento de que los tribunales de desafiar la autoridad del Estado (...) Se trataba, utilizando el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales, de impedir a los tribunales perturbar a la administración, y con ese propósito se impedía a aquellos el conocimiento de litigios que interesasen a la Administración. El poder judicial, cuya misión natural es la de resolver controversias precisando el derecho aplicable salía debilitado y disminuido de esta prueba.”¹³

Así, al discutirse sobre la separación de poderes - uno de los elementos que, según todos los pensadores ilustrados, debía fundar el nuevo orden- los franceses eligieron una fórmula que, con mucho, anulaba los efectos deseados de ese principio, y lo hicieron proscribiendo sus consecuencias inmediatas y necesarias, en lo que a la actuación de la rama judicial se refiere. De este modo, la separación de poderes a la francesa prohíbe al poder judicial intervenir de cualquier forma en la función administrativa, proscribiéndole, incluso, la posibilidad de juzgar a la administración o sus actos¹⁴.

Similar proscripción se levanta respecto de las actuaciones del Legislativo¹⁵. Ahora bien, sustraer de control judicial la actuación del legislador, la Ley, no causaba, en ese momento en

¹¹ GONZÁLEZ, José Valentín, OP.CIT. p.168.

¹² IDEM

¹³ WEIL, Prosper, OP.CIT. p.7.

¹⁴ La Ley 16-24 de agosto de 1790, Título II artículo 13, establecía que “Las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”

¹⁵ La Constitución de 1791 establece en su artículo 3ro lo siguiente: “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”.

Francia, perplejidad alguna. No se entendía esto como un problema, ya que la Ley era la expresión de la voluntad general, de los representantes de la nación, única – y nueva – titular de la soberanía. Mal podría el juez, cuya función se limita a aplicar la ley, cuestionarla. Esto en buena medida causó que el Estado de Derecho en Francia – y en general en Europa continental – se confundiera con un estado de Legalidad y evitó, por largo tiempo, la aparición de la justicia constitucional (que, en contraste, surge en los Estados Unidos, como una consecuencia lógica de la aplicación del principio de separación de poderes y de supremacía constitucional, con la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Marbury vs Madison* en 1803).

3. Una Administración Juez y Parte (El segundo presupuesto francés)

Lo que ciertamente comportaba un problema y requería por eso de alguna justificación y algún ajuste, era la decisión de sustraer de control judicial la actividad de la Administración. Toda vez que esto suponía abrazar sin la menor vergüenza el principio de irresponsabilidad y no sujeción a derecho propio de la corona en el Antiguo Régimen, radical y frontalmente contrario a la idea de Estado de Derecho revolucionaria.

La solución a este problema no fue otra que hacer que la propia administración se hiciera cargo de juzgar sus actuaciones. Claro está, no la “misma” administración autora de los actos cuestionados sino otra, una con funciones jurisdiccionales, sería la encargada de controlar el ajuste a derecho de la conducta administrativa. Y así surge la idea del Ministro-Juez.

Al principio eran los jefes de la Administración quienes, asesorados por el Consejo de Estado, ejercían esta función (período que la doctrina denomina “de la justicia retenida”). Tal solución comportaba, es fácil entenderlo, una monstruosidad desde el punto de vista de la idea del debido proceso, no sólo tal y como lo entendemos hoy, sino incluso de cómo lo entendían en esa época los pensadores ilustrados. En efecto, valga recordar que ya en Inglaterra se había producido la decisión del caso *Bonham* (1610) pronunciada por el Juez Edward Coke (Chief Justice del tribunal de Common Pleas), en donde se sostenía que el Colegio de Médicos de Londres, a pesar de estar autorizado por un acto del Parlamento para ello, no podía imponer sanciones a los

médicos a los que no otorgaba licencia para practicar, porque en estos casos estaría actuando como Juez y Parte¹⁶.

Pero muy rápidamente la función le fue asignada directamente al Consejo de Estado mediante la ley del 24 de mayo de 1872 (donde comienza lo que la doctrina especializada denomina período “de la Justicia delegada”).

4. Un derecho para la Administración

Lo siguiente que ocurre es que la Administración que juzga a la Administración se permite evitar la aplicación del derecho que rige a todos por igual – en contra del principio Revolucionario de “igualdad ante la Ley”- y en su lugar comienza a aplicar reglas que ella misma va creando. Sin ningún asombro, sobre esto Weil indica: “Sustraída de los tribunales, la Administración se veía por lo mismo sustraída también del Derecho Civil”¹⁷.

El reconocimiento de esta situación y el acta formal de nacimiento del Derecho Administrativo se encuentra en la conocida sentencia del Tribunal de Conflictos (un órgano que decidía si los asuntos sometidos a la justicia correspondían a los tribunales judiciales o a la Administración, integrado a partes iguales por magistrados de la Corte de Casación y del Consejo de Estado) de 03 de febrero de 1873 pronunciada en el conocido caso Blanco, en donde, con ocasión de establecer la competencia para el conocimiento de una demanda de indemnización de daños causados por la operación de una empresa del Estado francés, ese órgano declaró:

“(...) que la responsabilidad que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en los servicios públicos, no puede estar regida por los principios que establece el Código Civil para las relaciones entre particulares.

Que esa responsabilidad, no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados; (...)”¹⁸

Y así, sin mayores explicaciones, se acepta que un sujeto, en este caso la Administración, no sea igual en derecho a los demás, y que si bien se debe aceptar su sumisión o sujeción a derecho, el derecho al que se sujetaría sería un derecho distinto y más favorable, un derecho que, además, sería determinado por la propia administración (pues hay que recordar que toda la doctrina

¹⁶ Sobre los alcances de la decisión del caso BONHAM se puede consultar: REY M., Fernando. Una relectura del Dr. Bonham Case y la aportación de Sir Edward Coke a la creación del Judicial Review, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo I, Edición UNAM y Marcial Pons, México, 2008. p.p. 847-866.

¹⁷ WEIL, Prosper, OP.CIT. p.p. 10.

¹⁸ LONG, WEIL, BRABANT, DEVOLVE et BENOIS. Les Grands arrêtes de a jurisprudence administrative, 12ene. Edition, DALLOZ, Paris, 1999. p.1.

francesa le reconoce el complicado carácter de ser un “derecho jurisprudencial”¹⁹ en un sistema de tradición romanista o del Civil Law).

En suma, el Derecho Administrativo surge y continua siendo esa parte del ordenamiento que se aplica a la administración tanto en su organización como en sus relaciones con otros órganos del estado y con los particulares, y que es distinto al ordenamiento que se aplica a los particulares en sus relaciones entre ellos. Vedel ensaya su definición así:

“Podemos entender el Derecho Administrativo como el derecho de la Administración, y en este caso, todo país civilizado poseerá un Derecho Administrativo en tanto que posee necesariamente un conjunto de normas que rigen la acción de la Administración.

No obstante, no existirá el Derecho Administrativo en sentido preciso o concreto sino cuando ese cuerpo de reglas es sustancialmente diferente a aquel que se aplica a las relaciones entre particulares.”²⁰

No es un problema – o por lo menos es una afirmación aparentemente neutral – sostener que este derecho es una parcialidad del ordenamiento jurídico, concretamente aquella aplicable a la Administración, y tampoco – aun cuando ya aquí podemos detenernos a formular alguna objeción – señalar que además se trata de una parte especial del ordenamiento con características propias y diferenciadas del resto del ordenamiento.

El asunto es ¿en qué consisten esas diferencias que caracterizan a esta parcialidad del ordenamiento y si las mismas responden o no a los mismos principios del resto del ordenamiento? Pues, claro está, una cosa es tener rasgos propios y especializados, y otra es ser una cosa completamente diferente y responder a principios distintos. En el primero de los casos no se rompe la armonía del sistema, si bien existen las reglas, la existencia de reglas especiales o de excepciones, no destruye la armonía del sistema. En cambio, en el segundo de los casos, la armonía del sistema se rompe, y más aún, lo que ocurre es que en lugar de existir un ordenamiento coexisten dos, y así se trata de una coexistencia, pero no de un sistema.

5. Un derecho distinto que principalmente otorga privilegios a la Administración (El derecho de la *Potencia Pública*)

El caso es que el Derecho Administrativo es una especialidad cargada de privilegios y derogatorias subjetivas del régimen ordinario y de los principios generales del derecho. Y de hecho muchos de los principios que inspiran o alumbran esta especialidad tienen un claro origen monárquico.

¹⁹ RIVERO, Jean. Droit Administratif, 15 Edition, Paris, DALLOZ, 1994. p.25 ; VEDELL, Georges. Droit Administratif, 12 Edition, PUF, Paris, 1992. p.88.

²⁰VEDELL, Georges, OP.CIT. p.77

En efecto, tenemos de una parte la Administración hereda de los privilegios del monarca el poder de dictar actos unilaterales que afectan la esfera jurídica y los derechos de los particulares sin necesidad de su consentimiento (y aún en contra del mismo) que se presumen legales y se ejecutan sin la necesidad de la intervención de juez alguno y por la propia administración, y si ante esto los particulares tenían alguna objeción debían acudir, no al juez, sino a la propia administración, y demandar sobre la base, no del derecho sino de un derecho especial y en mucho resultante de la propia hechura de la administración (decretos, reglamentos, instructivos, circulares y otros actos que produce la propia administración).

Algo similar ocurre con los contratos que suscribe la Administración. Aquellos no la vinculan especialmente, pues ella puede no solo rescindirlos unilateralmente y sin la necesidad de acudir a un juez, y puede hacerlo aún sin razones, aun cuando en estos casos deba indemnizar. Puede incluso modificar unilateralmente el alcance de las obligaciones de su contratante, dejando así muy maltrecho el principio según el cual el contrato es ley entre las partes. Y de nuevo, si el particular contratante cree merecer alguna protección de la actuación contractual, deberá acudir a un juez que no es juez, pues es la Administración, y aplicar un derecho que no es el derecho de todos sino un derecho que tiene especial atención de las necesidades y los fines de la administración.

Y, por si fuera poco, además a este poder, que consiste, en principio y por definición a la "aplicación de la Ley" – a remedo del judicial – no obstante, se le permite y se le faculta para dictar normas generales y abstractas, reglamentos se les llama, que obligan de modo general a los ciudadanos, como si de leyes se tratara. Y aquí si termina de derrumbarse lo que se supone que debería hacer el principio de separación de poderes, como elemento central del Estado de Derecho. Y, por supuesto, de liberal esto no mucho, hay que reconocer.

Por último, a la Administración no sólo se le atribuye la función de preservar el orden en el entendido del orden material de las cosas y la protección de la propiedad privada y de la integridad física de las personas (o actividad de policía administrativa), sino que se le ha facultado a intervenir activamente en la economía, en algunas ocasiones de manera indirecta, estimulando o desestimulando determinadas actividades, bien vía actividad de fomento, dando incentivos como aranceles y exenciones o rebajas de impuesto, o incluso otorgando subsidios; o vía actividad regulatoria o de policía. Y en otras ocasiones de manera directa, compitiendo,

desplazando y suplantando, a los particulares, y aún más, haciéndolo no en condiciones de igualdad, sino utilizando multiplicidad de privilegios (excepciones fiscales, expropiaciones, reserva de actividades al estado etc.), arropado en la noción de Servicio Público.

Así, este derecho que privilegia a la Administración y su actividad, es ineficaz para contenerla pues su construcción y sus principios la estimulan, la aúpan a actuar y a intervenir, y hacen que su control sea difícil para los particulares y cómodo para ella.

La experiencia empírica es abundante, no sólo en Francia, sino en Venezuela, donde el Estado es dueño de las principales industrias y gerencia – a pesar de algunos intentos de privatización – la virtual totalidad de los servicios públicos, en condición de monopolio.

Y el caso es que la experiencia – haciendo abstracción de la actualidad venezolana, donde el asunto ha llegado a niveles ridículos – igualmente demuestra que la gerencia pública de las actividades económicas suele ser más ineficiente que la gestión privada de las mismas actividades.

El Derecho Administrativo así, nace heredero de la concepción monárquica – la que ve al Estado y a la corona – como un sujeto de derecho diferente y superior, a cuenta de su soberanía, de los restantes sujetos de derecho: los individuos. Es además el resultado de una traición a la Separación de Poderes, pues se impide el control judicial de la Administración, y lo que es más importante, en alguna medida se impide también el control legislativo (pues al excluirse a la Administración de la aplicación del derecho "común" se la somete a un derecho que no existía y que fueron creando las propias autoridades administrativas, por vía actos administrativos y arrêts del Consejo de Estado.

Ese derecho le reconoce a la Administración inmunidades y privilegios, los más notables: el no sometimiento al derecho común legislado, sino a un derecho especial y fruto de la propia creación de la administración (jurisprudencial) y el no sometimiento a los jueces judiciales sino a una administración jurisdiccional. La decisión Ejecutoria y la facultad sancionatoria son, además, otros privilegios exorbitantes que este derecho – el Derecho Administrativo – le asigna a la Administración.

Así, es indudable, el Derecho Administrativo es un régimen jurídico especial y diferente que se aplica a la administración y privilegia su actuación por encima de los particulares.

6. La noción de *Servicio Público* y sus consecuencias (expansión del Estado a costa de la libertad de los individuos)

La mejor doctrina francesa hace coincidir la época dorada del Derecho Administrativo con el advenimiento de la Tercera República (1870-1940). Y resulta que aquella – la Tercera República – es recordada como “Liberal”²¹. Es en esa época que se dicta la Ley del 24 de mayo de 1872 que concede al Consejo de Estado la “justicia delegada”, es decir, esta Ley entrega a ese órgano la facultad administrativa jurisdiccional (hasta entonces el Consejo de Estado solo asesoraba a los Ministros, encargados de decidir, a partir de esta Ley es el Consejo quien decide). Es cierto que en este período la economía francesa experimentó un importante crecimiento debido a la industrialización y al efectivo reconocimiento de la libertad de industria y el derecho de propiedad privada. Pero es igualmente cierto que durante este período se atacó fuertemente la libertad de cultos bajo el pretexto de la laicidad.

Durante la Primera y la Segunda República y el imperio y las monarquías restauradas que sucedieron a la Revolución y anteceden a la Tercera República poca fue la incidencia y el desarrollo del Derecho Administrativo. El Estado Francés – a veces República, a veces Monarquía y a veces Imperio, durante este tiempo – apenas podría calificarse de Estado Gendarme o Policía. Los franceses y el Estado Francés estaban ocupados en elegir entre Monarquía o República, y ocupados en importantes campañas militares. Así, aquel fue un período histórico donde el Estado hacía poco más que la guerra, y en el que a los particulares les quedaba un amplio margen de actuación en la economía, solo afectado por los impuestos. En esas condiciones había poco margen para realizar lo antiliberal de la organización administrativa y su régimen jurídico.

Así, en un principio la intervención del Estado en la Economía no era frecuente, tal vez por la visión mayormente conservadora de quienes ejercían el gobierno o tal vez porque luego de la revolución se inician una serie de campañas militares que demandaron toda la atención del Estado Francés y sus instituciones.

Pero con el correr del tiempo y el advenimiento de la Tercera República, el Estado decidió que era buena idea intervenir de más en más y más directamente en la Economía. El vehículo de la progresiva intervención del Estado en la economía se encuentra en la noción de Servicio Público.

²¹ Cuesta en todo caso asegurar que aquella fuera una República Liberal, no solo de cara a las serias restricciones que se impusieron a la libertad religiosa bajo la premisa del “Estado Laico”, sino además debido a la progresiva irrupción que, en la economía, desplegó el Estado.

Se trata de una noción vaga, a veces orgánica (servicio público es toda organización de la administración) y a veces teleológica o funcional (servicio público es toda actividad de satisfacción de las necesidades del interés general). Al principio, y en la práctica, son servicios públicos las prestaciones de bienes y servicios que provee la Administración, y que las asume por la inexistencia de prestaciones privadas. Asilos, Hospitales, Escuelas, construcción de caminos y puentes, ferrocarriles, iluminación en la vía pública, acueductos y cementerios son los primeros servicios públicos que asume el Estado Francés.

Vale observar que la noción de Servicio Público, que entonces se torna en idea central del Derecho Administrativo²², no supone el abandono a las nociones de potencia pública, soberanía y privilegios, sino un agregado a aquellas, y más que eso, una justificación y un marco para su aplicación.

Así, la Administración no sólo se veía autorizada – y más aún exigida – de intervenir en parte de la economía, además lo hacía en condiciones desigualmente ventajosas para ella, pues su régimen jurídico – el del Derecho Administrativo- era – y continúa siendo – un régimen de privilegios.

Sin embargo, la noción de Servicio Público se encontraba aparentemente contenida y se limitaba a prestaciones o actividades conocidas en el mundo anglosajón como “utilities” o “basic amenities”, es decir, servicios de consumo masivo, cuyo desarrollo requiere de grandes capitales y el retorno de la inversión hecha en su desarrollo e implementación es normalmente lento, que requieren o constituyen – según sea el caso – de importantes infraestructuras. Y lo más importante, se trataba de actividades desatendidas por la iniciativa privada.

Pero la intervención del Estado – de la Administración – en la economía no se mantiene por mucho tiempo contenida o limitada a lo que no provee normalmente el mercado. Y así primero de modo coyuntural y luego de manera ordinaria o estructural, la Administración asume prestaciones y actividades propias de los particulares. Se producen las “nacionalizaciones”. Transporte público, fabricación de vehículos, líneas aéreas, explotación petrolera etc., pasan a ser ahora parte de la cartera de bienes y servicios que provee el Estado administración al mercado y a la sociedad.

²² “el alma y la inspiración” de este derecho, según WEIL, Prosper, OP.CIT. p. 16.

La actividad se ve incorporada a la noción de Servicio Público, y se la diferencia del que existía antes simplemente calificando a estas nuevas prestaciones de "Servicios Públicos de Carácter Industrial y Comercial".

Y así, si en algún momento existió una línea que hacia permanecer al Estado fuera del ámbito de la economía y de la sociedad, esa línea terminó de borrarse, al admitirse que el Estado podía, sin virtualmente limitación alguna, intervenir directamente en la economía, eso sí, investido de todo su poder y valiéndose de todos sus privilegios.

Esta situación coincide con la necesidad de reconstruir Europa luego de la segunda post guerra. Si bien la devastación europea causada durante la Primera Guerra fue importante, la capacidad destructiva de la maquinaria de guerra utilizada en la llamada Segunda Guerra Mundial rebasó todo lo antes sufrido y experimentado por la humanidad. Europa quedo virtualmente arrasada, y la cuestión era ahora recuperar rápidamente lo que había sido producto de la actividad humana a lo largo de varios siglos de historia e intercambio.

Es allí donde prende la idea de que el Estado – atendiendo tal vez en alguna medida al principio de subsidiariedad – debía intervenir directa y decididamente en la economía reconstruyendo la infraestructura y prestando los servicios que los particulares, aniquilados vital o económicamente, no podían prestar. Esta situación dio al Estado, y a la Administración, la posibilidad de irrumpir en campos en los que el Estado Moderno post revolucionario no había intervenido con demasiada frecuencia. Pero lo que resulta realmente significativo es que, en su intervención en la Economía, el Estado no se adaptó a las reglas propias del sector, sino que llevó consigo todos sus privilegios.

Mucho se discutió en Francia sobre el particular, especialmente en lo que respecta al foro – a la jurisdicción competente – para juzgar a esta administración que ocupa espacios tradicionalmente ocupados por los particulares, valga solo decir que la solución más frecuente era hacer que todo lo relacionado con la Administración – aún aquella que actúa en los dominios de la economía propia de los particulares- sea juzgado por el juez administrativo (es decir, la administración que ejerce funciones jurisdiccionales, pero administración al fin) y por unas reglas distintas – un derecho distinto- a las aplicables a los particulares y decididamente más favorables a la administración.

Y es aquí donde se produce la muy interesante crisis del Derecho Administrativo Francés, a la que Weil denomina “crisis de crecimiento”²³, pues en ese momento no resulta claro cuál es el régimen que se aplica a estos nuevos servicios. Asunto que, en más, se ve agravado por la proliferación de la participación de particulares en la prestación y gerencia de los servicios por vía de las “concesiones de servicio público”.

En fin, lo que ocurrió en Francia durante la Cuarta y la Quinta República, fue que bajo las viejas premisas y de cara a un ordenamiento que lo facilitaba, el Estado Administración fue apropiándose de espacios o sectores del mercado, a costa, justamente de la libertad de emprendimiento y en algunos casos del derecho de propiedad de los ciudadanos.

Durante la década de los 80, se produjo en Francia un importante movimiento de privatizaciones, como reacción a esta elephantiasis administrativa²⁴, y con las privatizaciones se produjo un giro al derecho privado de dichas actividades. Pero es importante decir que aquella no fue una explosión de conciencia, fue por el contrario un movimiento económicamente necesario: las empresas públicas eran – aún en Francia – económicamente ineficientes y comenzaron a constituir una carga insostenible para los contribuyentes, justamente debido a su mal desempeño. La solución a esto fue privatizar.

7. Orígenes del Derecho Administrativo en Venezuela

La doctrina venezolana suele aproximarse temerosamente al tema del origen del Derecho Administrativo en Venezuela. Peña Solís, por ejemplo, sostiene que:

“(…) no existe un solo artículo y mucho menos una monografía que oriente acerca de una probable fecha que se pueda considerar como punto de partida del Derecho Administrativo como sistema normativo, o como disciplina científica, así como tampoco de las posibles etapas de su desarrollo y eventual consolidación. Esa fecha, pensamos nosotros, podría estar determinada por la publicación de una obra, por la recepción del sistema en la Constitución o en una Ley, por la publicación de una sentencia (...) o sencillamente por el inicio de las clases (la apertura de la cátedra) sobre la materia en la universidad.”²⁵

A su turno, Brewer parece sostener – por lo menos de manera implícita – que el Derecho Administrativo en Venezuela existía ya en tiempos de la hegemonía andina (finales del siglo XIX y principios del siglo XX), y que entonces tenía un contenido “típicamente liberal”²⁶ (que, según

²³ WEIL, Prosper, OP.CIT. p. 19.

²⁴ WEIL, Prosper, OP.CIT. p. 24.

²⁵ PEÑA SOLIS, José. Manual de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999, Volumen I, Ediciones TSJ, Caracas, 2001. p.139.

²⁶ BREWER, Allan. Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, en Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Libro Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Moles Caubet, Tomo I, Volumen III, Ediciones UCV, Caracas, 1981. p. 42.

el autor, estaba al servicio de los “propietarios locales y de los inversionistas extranjeros”, que en definitiva eran quienes “controlaban al Estado”²⁷) que luego habría corregido con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho.

A las afirmaciones de estos maestros del Derecho Administrativo hay que hacerles algunas objeciones.

“Es en la doctrina de los grandes autores modernos y no en los preceptos legales especiales en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los contratos administrativos de suministros de provisiones ni a los de trabajos públicos las disposiciones del derecho privado sobre el contrato de venta o de arrendamiento de locación de cosas (...) Por los mismos autores se ve que no se trata en estos principios, como en otros que se verán más adelante de la aplicación de las leyes sustantivas especiales, de índole administrativa, sino de conceptos jurídicos nuevos incompatibles con algunos preceptos de derecho privado, y, que por tanto deben ponerse estos de lado.(...)”²⁸

Un tercer evento es la publicación de la Constitución venezolana de 1961, que entre sus disposiciones contenía una norma, el artículo 206, que si bien reconoce y da carácter constitucional a una “jurisdicción” contencioso administrativa, la coloca en manos de una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia (cúspide del Poder Judicial Venezolano en el sistema de Justicia instaurado en ese texto) y de los demás tribunales que determine la Ley. El texto de ese artículo, que repite con algunos ajustes la constitución de 1999 en su artículo 259²⁹, expresaba textualmente lo siguiente:

“Artículo 206.- La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

²⁷ IDEM

²⁸ IDEM

²⁹ “Artículo 259.- La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Por último, dos eventos legislativos terminaron de completar el panorama y el afianzamiento de la noción de un Derecho Administrativo autónomo y diferente del derecho que se aplica a las relaciones entre particulares.

El primero de ellos es la publicación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la Gaceta Oficial Nro. 1.893 Extraordinaria de 30 de julio de 1976, y su entrada en vigencia en enero de 1977 (conforme a lo dispuesto en su artículo 180), cuyo objeto no se agotaba en la regulación de la Organización de la Corte sino además se extendió “provisionalmente” a la regulación del contencioso administrativo (artículo 18130), distribuyendo las competencias entre la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, los Juzgados Superiores con competencia Civil y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (a la que además crea en su artículo 18431).

El segundo ocurre poco tiempo después, la publicación en la Gaceta Nro. 2.818 Extraordinaria de 1ero de Julio de 1981 (y vigente a los seis meses de su publicación conforme a la disposición contenida en su artículo 108) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyo propósito era unificar los procedimientos administrativos constitutivos y recursivos en el ámbito de la Administración Pública Nacional y contribuir a esa unificación en los ámbitos Estadales y Municipales.

De modo que si es posible encontrar – en contra de lo que sostiene el Profesor Peña Solís - esos hitos que marcan la irrupción del Derecho Administrativo en Venezuela.

Claro está, y he aquí una precisión que se debe hacer a las afirmaciones del Profesor Brewer, tomando prestadas las reflexiones que hace el Profesor Hernández, y es que todo dependerá de qué se entienda por Derecho Administrativo. Si la noción – la de Derecho Administrativo - se

³⁰ “Artículo 181.-Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, sin son impugnados por razones de o particulares, emanados de autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, sin son impugnados por razones de ilegalidad. Cuando la acción o el recurso se funde en razones de inconstitucionalidad, el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia. En la tramitación de dichos juicios los Tribunales Superiores aplicarán en sus casos, las normas establecidas en las Secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II, Título V, de esta Ley. Contra las decisiones dictadas con arreglo a este artículo, podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, para ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo a que se refiere el artículo 184 de esta Ley.”

³¹ “Artículo 184.- Se crea con sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio nacional, un Tribunal que se denominará Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, integrado por cinco Magistrados, quienes deberán ser abogados, venezolanos, mayores de treinta años y de reconocida honorabilidad y competencia. Será condición preferente para su escogencia, haber realizado cursos de especialización en Derecho Público, ser docente de nivel superior en tal rama o haber ejercido la abogacía por más de diez años en el mismo campo, al servicio de instituciones públicas o privadas.

La designación de los jueces que formarán el Tribunal y la de sus respectivos suplentes, será hecha por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, con arreglo a las normas complementarias que ella dicte, y su organización y funcionamiento se regirán por las disposiciones de esta Ley y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI

“(i) el reconocimiento de unos derechos inherentes a los individuos que son previos a la existencia del Estado y que constituyen esferas inmunes a su actuación (ii) el sometimiento del Estado al derecho (iii) la existencia de tribunales autónomos e independientes capaces de proteger esos derechos ante las actuaciones ilegales del Estado (iv) la separación y autonomía de los poderes públicos (v) la despersionalización del poder y (vi) la separación entre Estado y Sociedad”³²

También podemos utilizar en nuestro auxilio, de cara a este contraste que nos permita entender si Gómez y el Estado Venezolano que bajo sus siete (7) constituciones gobernó, el listado de principios que caracterizan a un orden político liberal según el Rallo:

“El liberalismo descansará sobre dos presupuestos éticos – el individualismo político y la igualdad jurídica -, tendrá cuatro pilares centrales en forma de derechos – libertad, propiedad, contratos y reparación del daño -, habilitará la existencia de tres instituciones esenciales para la cooperación social – la libre asociación civil, el libre mercado, el gobierno limitado – y generalizará todo el orden político anterior al conjunto de la humanidad – globalización – (...).”³³

Y sin entrar en mayores profundidades podemos aventurarnos a sostener que el período gomecista, en una primera y muy superficial revisión, no aprobaría los estándares 1 al 5 que refiere Gonzales. Y tampoco se ajustaría a los dos presupuestos éticos ni a la última de las instituciones esenciales para la cooperación social (el gobierno limitado) a los que Rallo hace referencia a su turno.

Y he aquí un dato importante, el Derecho Administrativo surge en Francia y se desarrolla en aquel país, e igualmente en Venezuela, durante períodos políticos no liberales, donde el Estado se reconoce – en mayor o menor medida – mejor derecho que los ciudadanos, por lo menos se reconoce a sí mismo una posición de gran hermano, de tutor de la sociedad y sus individuos, que lo coloca, es no solo indudable sino necesario, en una posición privilegiada por la que recibe un trato deferente y diferente en derecho.

Es allí y es bajo esa concepción que el Derecho Administrativo nace y se desarrolla.

³² GONZÁLEZ, José Valentín, OP.CIT. p.153.

³³ RALLO, Juan Ramón, OP.CIT. p. 9.

8. El Derecho Administrativo Venezolano

Si bien es innegable el origen francés del Derecho Administrativo Venezolano – y con ello la adopción como propios de los rasgos galos de la disciplina – ocurre que en Venezuela no se pensó jamás en torcer – interpretar – la separación de poderes para evitar que el poder judicial interfiriese con el quehacer de la administración. En la práctica es difícil afirmar que esto haya obedecido a nuestro purismo jurídico o conceptual, y tal vez se deba a que, en la práctica, no hacía falta – como no hace falta ahora – este preciosismo de inventar la “separación de autoridades administrativas y judiciales” para proteger la actuación administrativa del control judicial. El método venezolano para esto fue pura y simplemente el autoritarismo, por el cual está sometido a derecho y a los tribunales todo aquello que no es de interés del poder político, y excluido de él lo que es de interés del poder político. Y en todo caso, sea por la razón que fuere, por lo menos a nivel teórico en Venezuela la función de juzgar permaneció en manos del Poder Judicial y aquello siempre ha supuesto – aun cuando no necesariamente significado – que la Administración se somete al juzgamiento de los tribunales.

Así, en Venezuela, el Derecho Administrativo no es el resultado de una interpretación acomodada de la Separación de Poderes, por el contrario, es una especialidad jurídica que está llamada a ser aplicada por los jueces del Poder Judicial. Esto, a pesar de la confusa y francesa redacción del artículo 206 de la Constitución de 1961 y 259 de la Constitución de 1999 (que se refieren a una “jurisdicción” contencioso administrativa). Tal vez el propósito de la norma en 1961 fue – aun cuando nunca se llegó a plantear – instaurar en Venezuela un régimen como el francés, en donde el juzgamiento de la Administración quedase en manos de un Consejo de Estado y de una jurisdicción distinta y apartada de la Judicial. Lo cierto es que la solución venezolana no es esa. La propia Ley de la Corte Suprema de Justicia vigente desde 1977 – hoy derogada - incorpora al conocimiento de los asuntos administrativos a los Juzgados Superiores con competencia Civil, con lo que, de haber existido alguna intención en contra, aquella nunca se realizó.

Lo que sí ha hecho nuestro Derecho Administrativo es seguir una evolución y el desarrollo análogo al francés (con la sola y muy importante diferencia antes anotada de que aquí el juzgamiento a la Administración si pertenece al poder judicial).

En efecto, nuestra era dorada del Derecho Administrativo, el período democrático que va del año 1958 al año 1998, coincidió también con la vigencia de la Constitución de 1961 y con la concepción del Estado Social de Derecho. Ese Estado Social, interventor en la economía, ha utilizado, como en Francia, al Derecho Administrativo como herramienta fundamental de su intervención.

Y no podía ser de otra forma. El Derecho Administrativo coloca a la Administración en una posición superior. La Administración no debe esperar al Juez para ejecutar sus actos e imponer su voluntad. La Administración puede rescindir unilateralmente los contratos sin esperar a que el juez intervenga, y lo puede hacer incluso cuando no hay causas de resolución. La Administración sanciona, y lo hace, igualmente sin esperar a juez alguno, lo hace, además, en procesos en los que ella es Juez y parte. La Administración además compite con los particulares en situación de ventaja, y en ocasiones, se apropia de actividades enteras y excluye cualquier posibilidad de competencia, reduciendo así los ámbitos de la libertad de emprendimiento. Ese derecho, que entiende que la Administración es un ductor de la sociedad, que está por encima de ella, facilita y estimula la actuación administrativa y el tamaño mismo de la Administración. No es solamente una herramienta, el Derecho Administrativo es además un estímulo al crecimiento de la Administración y de la reducción del ámbito de la libertad individual.

El resultado ha sido, es un hecho notorio, el fracaso económico³⁴. Por ello, luego de que el Presidente Pérez emprendió – en el paroxismo del Estado Social – la política de Nacionalización (a principios de la década de los 70), el mismo, en su segundo mandato emprendió la política inversa, la de privatizaciones (en la década de los 80). Política que además intentó acompañar de una importante reducción del Estado y de la Administración y del intento de establecer reglas para el funcionamiento transparente y libre del mercado.

Sin embargo, ese proceso de reformas se vio abruptamente interrumpido.

³⁴ No se trata aquí de ser *ingratos* o desconocer los logros “sociales” del Estado Social que se instauró en Venezuela luego de 1961. Nadie puede discutir que durante el período de vigencia de la Constitución de 1961 (y por lo menos durante los primeros veinte años de ese período) Venezuela pasó de ser un país absolutamente rural, iletrado y diezmado por enfermedades endémicas, a ser un país medianamente industrializado, alfabetizado y que logró la erradicación de enfermedades endémicas que lo habían acosado en el pasado. Se trata de afirmar que el costo de esto solo fue soportado por las ingentes ganancias petroleras, y que, al bajar los precios del petróleo, esa tarea se vio truncada, debido a la ineficiencia intrínseca de la gerencia pública de la actividad económica. Gerencia que quebró cuando el pozo interminable de dinero generado por el petróleo repentinamente se secó.

Valga solo señalar que el único sustento del esquema de empresas públicas fueron los altos precios del petróleo, que, al caer, dejaron en evidencia la quiebra de las empresas del Estado y de la gestión económica del mismo. La ineficiencia de la gestión económica del Estado no sólo – valga esto de consuelo – es una experiencia venezolana, lo mismo ocurrió en Rusia y en China.

En todo caso lo que sí es evidente es que este Derecho Administrativo, fruto de una herencia de los privilegios del Antiguo Régimen, y desarrollado en tiempos donde el propósito y el cometido del Estado ha sido modelar a la sociedad e intervenir en la Economía, ha sido por esa razón, un instrumento eficiente para esa intervención, y si bien ha tenido la intención de moderar o controlar al Estado en sus intervenciones, es imposible que el instrumento que justifica eficientemente la intervención sea al mismo tiempo el que la controle. Con mucho respeto debemos diferir de los grandes maestros de la disciplina.

El Derecho Administrativo ha sido un instrumento del Estado y para el Estado, y no una herramienta para controlar el Poder. Esto último ha sido un efecto secundario, pero su propósito primordial no es controlar sino habilitar la actuación administrativa y justificar la ablación de los derechos de los particulares. Nada de liberal puede encontrarse en esta especialidad, aun cuando, por accidente, ha servido para hacer frente al Estado.

La mejor imagen de esto se encuentra en el Huron al que se refiere Rivero en su célebre artículo, ese inocente y estudioso nativo Hurón del Canadá queda absolutamente perplejo por la inutilidad del contencioso administrativo francés para finalmente controlar al Estado y concretamente a la Administración. Y no podía ser otra su reacción, pues descubre que en realidad ese derecho sirve bien para justificar que la administración actué y se imponga a los particulares, pero que es grandemente ineficiente para detenerla o hacerla retroceder una vez que ha actuado o para hacerla responsable e indemnizar correctamente. Las reflexiones finales que Rivero pone en boca del imaginario personaje no pueden ser más elocuentes:

“Resumamos – dijo- Una decisión administrativa aparentemente arbitraria afecta a un individuo: es ejecutada, si la administración lo requiere, sin que el juez ponga ningún obstáculo. Si esta ejecución produce todo su efecto en ese mismo instante, todo está dicho, y la anulación, después, no podrá hacer que lo que ha sido no haya sido. Si se prolonga en el tiempo, la anulación deja a la administración, decidir ella misma los medios necesarios para restablecer el derecho; sin que el juez ose, en este punto, hacer otra cosa más que sugerirle unas escasas y tímidas directivas; sin que el acepte, ni ordenar, ni decidir el mismo. Y si ella se niega a sacar las consecuencias de la anulación, la víctima no tiene otro recurso diferente a la obtención a largo plazo de una eventual indemnización. Pero entonces ¿Por qué se dice a veces que vuestro gran juez se comporta, respecto de la administración, como jefe jerárquico? Se le considera audaz; a mí me parece tímido. Confieso en verdad que no podría blandir el hacha de guerra contra la autoridad (...)

JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI

Nosotros, buenos salvajes, somos espíritus simples: nosotros pensamos que la justicia está hecha para el justiciable, y que su valor se mide en términos de vida cotidiana. No nos interesa el desarrollo del derecho sino la protección eficaz que recibe el particular. Yo pensaba que vuestro gran recurso le aseguraba esta protección. ¿Habré hecho un viaje tan largo para aprender que no es nada de eso?”³⁵

A modo de conclusión: Un derecho para la libertad

Es incuestionable que si las opciones a mano – en su momento - eran una administración irresponsable y no sujeta a derecho alguno o una administración algo responsable y sometida a algún derecho, aunque muy benevolente con ella, la segunda, sin dudas, era mejor opción. Pero así, mejor opción que tener a una Administración no sometida a derecho o regla alguna. Sin embargo, muchas otras mejores opciones podrían haber tomado lugar. Opciones como someter a la Administración y al Estado al derecho, a todo el derecho, al mismo derecho al que están sometidos los ciudadanos y la sociedad que ellos componen, y que se aplica a su obrar en la economía. Y por supuesto, someter a la Administración al mismo juez, a los mismos jueces, jueces naturales de ese derecho común.

Pero como hemos visto, los franceses no podían desligarse ni de sus tradiciones monárquicas ni de las necesidades prácticas y políticas que enfrentaban en el momento revolucionario.

Adoptaron un esquema que privilegiaba a la Administración de cara a la ejecución de una serie de reformas políticas, que, de otro modo pensaron no podrían emprenderse.

Sin verdaderos límites y más aún, sujeto a la obligación de prestar servicios que imponen los derechos sociales – que irrumpen en el mundo durante la primera mitad del siglo XX, y con el advenimiento del Estado de Bienestar y luego el Estado Social y Democrático de Derecho- el Estado da un paso adelante en el espacio de las libertades de los ciudadanos e irrumpe en el ámbito económico, primero de manera tímida pero luego de manera feroz e incontenida. El Derecho Administrativo y la noción de Servicio Público, constituyeron así, herramientas eficientes, ariete, de la actividad Estatal en el ámbito de la economía y en definitiva en el ámbito de la libertad de iniciativa.

¿Y cómo es posible que esto haya ocurrido? ¿Acaso no es el Derecho Administrativo una herramienta para limitar la actividad del Estado – expresión del principio de la legalidad – y defender los derechos de los ciudadanos?

³⁵ RIVERO, Jean. Le Huron au Palais Royal, réflexions naïves sur le recurs pour excès de pouvoir, DALLOZ, Paris, 1962. p.37

La respuesta evidente es que no. El Derecho Administrativo, como hemos visto, se rige por principios diferentes a los principios cónsonos con la libertad, se rige por principios propios de un tiempo en que la noción de derechos ciudadanos no existía, y resulta de una traición – hay que llamarla por su nombre – al principio de separación de poderes. El Derecho Administrativo es un derecho de y para la Administración, que estimula su actividad en perjuicio de la libertad de los ciudadanos. Y así, ante las circunstancias correctas, es un vehículo para avasallar al individuo.

No se trata de que el Derecho Administrativo sea, valorativamente hablando, malo o malvado, se trata de que es una herramienta forjada bajo parámetros contrarios a la libertad, que entienden que el Estado tiene un papel de rector de la actividad de los particulares, y no de un simple árbitro. Es decir, que entienden al Estado como un ente superior jerárquicamente hablando, al individuo. Y dadas las circunstancias correctas, entiende que el estado tiene el poder – y el deber – de conducir, limitar e incluso eliminar las libertades individuales, so pretexto del bien común.

Se ha agotado el Siglo XX y transcurre el Siglo XXI, y tal vez va siendo tiempo de entender que la solución de los franceses del Siglo XVIII y las necesidades coyunturales de mediados del Siglo XX, merecen ser revisadas, y va siendo tiempo de acabar con los privilegios monárquicos que aún hoy ostenta la Administración.

En Venezuela tenemos una ventaja, nunca caímos en la trampa de sustraer a la administración del ámbito del control judicial (a pesar de la insinuante redacción del artículo 206 de la Constitución de 1961 y 259 de la Constitución de 1999), y, pese a que esto no se dice mucho, tampoco caímos en la tentación de sustraer completamente a la Administración del derecho legislado. Es cierto que la jurisprudencia ha tenido un papel crucial en el desarrollo de esta disciplina, sobre todo en los años 70 y 80, pero esa actividad fue siempre acompañada de importantes textos legislativos (la Ley de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos, son ejemplo de ello).

De allí que replantear nuestro Derecho Administrativo – el venezolano – tal vez no sea un asunto tan arduo como podría serlo en Francia.

¿Pero y ese replanteamiento hacia donde debería ir orientado? Pues sin dudas en la dirección de la Libertad. Y la explicación de esto la da con tremenda calidad González:

JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI

“¿Cuál es la relación entre Derecho Administrativo y Libertad? Si realmente queremos que esta disciplina jurídica se encuentre al servicio de la Libertad, el programa es sencillo: restringir la autotutela administrativa a los casos de coacción directa legítima; desterrar definitivamente la noción de servicio público de titularidad estatal; eliminar la figura de los contratos administrativos y limitar la potestad sancionadora de la Administración Pública a algunos pocos casos de autoprotección de la Administración Pública, tales como las sanciones disciplinarias y las de policía demanial, entre otras medidas destinadas a la protección de la Libertad.”³⁶

Así, es menester comenzar por hacer efectivo el mandato que contiene el artículo 2137 de la Constitución respecto de la Administración. Nuestro Derecho Administrativo debe colocar a la Administración – que no es más que otra hechura del hombre para servirle – en una posición de igualdad en derecho frente a los individuos, y por ello todo privilegio jurídico debe desaparecer, acatando el mandato constitucional sobre la igualdad.

Y es que va de suyo. El primer enemigo histórico de las libertades ha sido siempre el poder y sus privilegios, y así el primer servicio que se puede hacer a la libertad es, finalmente, acabar con los privilegios, con todos los privilegios, y especialmente con los del Estado, que es, en definitiva, quien siempre los ha ostentado.

Y como en definitiva el Derecho Administrativo es, en gran parte, un régimen exorbitante de derecho privado, es decir, un régimen de privilegios en favor de la Administración, abolir los privilegios supondrá, en gran medida, retomar al derecho “común” el civil, para hacerlo aplicable a la Administración.

Esa abolición debe alcanzar tanto la noción de decisión ejecutoria (actos administrativos ejecutivos y ejecutorios), como la de los contratos administrativos (por lo que respecta a las facultades resolutorias unilaterales y las facultades de rescisión unilateral no ligada a incumplimientos). La voluntad de la Administración no debe poder imponerse sin la necesidad de la mediación de un juez.

Va de suyo que eliminando el privilegio de la decisión ejecutoria debe eliminarse la potestad sancionatoria de la administración, pues con ella, además, se violenta el derecho al debido proceso claramente.

³⁶ GONZÁLEZ, José Valentín, OP.CIT. p.180.

³⁷ “Artículo 21.- Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: (1). No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. (2). La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (3). Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas. (4). No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.”

Debe revisarse igualmente la facultad normativa que se ha reconocido a la administración, tanto la reglamentaria como la posibilidad de que dicte decretos ley. Solo los representantes del pueblo mediante el proceso de discusión legislativa, deben estar facultados para dictar normas de carácter general y abstracto que condicionen el ejercicio de la libertad.

Es además importante revisar el alcance y contenido de la misión vicarial que se asigna a la Administración (artículo 14138 de la Constitución), pues si efectivamente somos una sociedad de hombres libres es inaceptable que la Administración tenga facultades de direccionamiento. La iniciativa privada, que es una manifestación de la Libertad, debe ser espontánea y no dirigida u obligada. El alcance del carácter “vicarial” de la Administración también debe sufrir una revisión. La noción de servicio público debe ser llevada a su mínima expresión, funcionando solo bajo el presupuesto de la subsidiariedad.

La sumisión y límite que para la Administración significan las libertades debe ser más claro, y así, debe abrirse nuevamente la posibilidad de que el amparo – como medio judicial de tutela reforzada de los derechos de libertad – pueda ser utilizado en contra de la Administración, eliminándose, además, el carácter subsidiario y residual que la jurisprudencia del contencioso administrativo ha insistido en asignarle inconstitucionalmente.

Por último, los procedimientos contencioso administrativos especiales, diferentes del proceso civil, deben desaparecer, así como los tribunales especiales contencioso administrativos. Debe acabarse con el “fuero especial” y amistoso al que se somete ocasionalmente a la administración. El conocimiento de los asuntos administrativos debe estar en manos de tribunales ordinarios, los mismos que conocen de los asuntos ordinarios, a los que debe atribuirse la competencia administrativa, y con ello aquellos serán “tribunales contencioso administrativos”, y el reparto de competencias debe hacerse del mismo modo en que se hace en materia civil, esto es, por cuantía, en tribunales de municipio, de primera instancia y superiores, quedando la Sala Político Administrativa como tribunal o instancia única y exclusivamente de Casación (proscribiendo de ese modo los juicios a única instancia). Todo ello en obsequio al debido proceso y al mandato de

³⁸ “Artículo 141.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

unificación y uniformidad de los procesos que ordena la propia Constitución de 1999 (artículo 25739 de la Constitución).

Hasta ahora hemos tenido entre nosotros una especialidad jurídica que en sus elementos constitutivos no solo es ajena, sino que además es contraria a la visión moderna del derecho y del individuo, que no entiende las libertades y los derechos individuales como lo que son, inherentes al hombre, y pese a los esfuerzos de jueces y doctrinarios llenos de buenas intenciones, ese derecho, el Derecho Administrativo, es lo que es.

Y así es buen momento de comenzar a discutir, con seriedad y profundidad, sobre la necesidad de transformar al Derecho Administrativo en una verdadera herramienta de la libertad.

Y más que ser una buena idea, la revisión y reforma de nuestro Derecho Administrativo es necesaria. Sin embargo, desde una aproximación estratégica, tal vez deba irse avanzando por cuestiones menos sustanciales e igualmente importantes, que no supongan enfrentamientos dogmáticos y que por ello puedan ser menos resistidas. Comenzando primero por lo adjetivo (el contencioso, los procesos judiciales y la organización de las competencias judiciales), para luego entrar en lo sustancial (la revisión de los privilegios de la Administración y el alcance de su intervención en la economía y en la sociedad).

Bibliografía

ARAUJO-JUAREZ, José. Aproximación a los Fundamentos Ideológicos del Derecho Administrativo, publicado en Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia, Liber Amicorum al Profesor José Araujo-Juárez, Edición CERDECO/CIDEP, Caracas, 2018. P.73-88.

BREWER, Allan. Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, en Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Libro Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Moles Caubet, Tomo I, Volumen III, Ediciones UCV, Caracas, 1981. Consultado en línea en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/12/II.4.165.pdf>

³⁹ “Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

GONZÁLEZ, José Valentín. Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo. En Revista de la Facultad de Derecho 2012-2015/Nro. 67-70. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

HERNÁNDEZ, José I. Cien años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela, en 100 años de enseñanza de Derecho Administrativo en Venezuela, Obra Colectiva, edición FUNEDA y UCV, Caracas, 2011.

IRIBARREN, Henrique La Responsabilidad Administrativa Extracontractual, re-publicado en la compilación de la obra del autor Estudios de Derecho Administrativo, Ediciones LIBER, Caracas, 2004.

JIMENEZ-BLANCO CARRILLO, A. Coloquio de Clausura "El futuro del Derecho Administrativo", Siences Po (Paris), Cátedra mutaciones de la acción pública y el derecho público, 21 y 22 de junio de 2018, publicado en Revista de Administración Pública, Nro. 207, pp. 319-343, Madrid, 2018, consultado en línea en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.12>

LONG, WEIL, BRABANT, DEVOLVE et BENOIS. Les Grands arrêtes de a jurisprudence administrative, 12ene. Edition, DALLOZ, Paris, 1999.

NIKKEN, Pedro. El concepto de los Derechos Humanos, en Estudios básicos de derechos humanos I, IIDH, San José de Costa Rica, 1994. P. 31. Consultado en el enlace <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/22066.pdf>

PEÑA SOLIS, José. Manual de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999, Volumen I, Caracas, Ediciones TSJ, Caracas, 2001.

RALLO, Juan Ramón, Liberalismo: los 10 Principios Básicos del Orden Político Liberal, Ediciones Deusto, Barcelona, 2019.

REY M., Fernando. Una relectura del Dr. Bonham Case y la aportación de Sir Edward Coke a la creación del Judicial Review, en La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo I, Edición UNAM y Marcial Pons, México, 2008.

JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI

RIVERO, Jean. *Le Huron au Palais Royal, reflexions naives sur le recurs pour excés de povuour*, Paris, DALLOZ, Paris, 1962, consultado en línea en: http://www.brameret.eu/textes/Grands-textes/files/Rivero_Huron.pdf

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, 15 Edition, Paris, DALLOZ, Paris, 1994.

TOLSTOY, León Nikoláievich. *El origen del mal*, consultado en el enlace <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/CuentosMas/OrigenMal.pdf>

VEDELL, Georges. *Droit Administratif*, 12 Edition, Paris, PUF, Paris, 1992.

WEIL, Prosper. *Le Droit Administratif*, Coll. *Que sais-je?*, 15 Edition, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.