

# INTRODUCCIÓN

## ***Sección Primera: DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO (2014)***

**Esta Sección es el texto del estudio publicado en el libro: 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; y en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila, No. 4, Caracas septiembre-diciembre 2014, pp. 13-22.**

El derecho administrativo es ante todo un derecho estatal, es decir, un derecho del Estado en el sentido de que además de emanar de éste, está destinado a regular una parte esencial de su organización y actividad; particularmente la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares. En relación con todos esos aspectos que configuran su objeto se puede realizar una aproximación comparativa.

Siendo un derecho que regula al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre, por supuesto, como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que además de ser un derecho del Estado, regulador tanto de sus fines y cometidos, como de los poderes y prerrogativas que tiene que tener para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos y garantías de los administrados. Por ello, también, es un derecho regulador del necesario equilibrio que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar, lo que cabalmente sólo se puede lograr en un Estado de derecho funcionando en un

régimen democrático que es en el cual la supremacía constitucional puede estar 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, y donde los derechos de los ciudadanos puedan ser garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Sin democracia y sin dicho control, el derecho administrativo no pasaría de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, el cual incluso podría estar montado sobre un desequilibrio o desbalance, donde las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

Siendo un derecho del Estado, el objeto fundamental del derecho administrativo es la Administración Pública, tanto en cuanto a su funcionamiento como a su actuación. Para ello, siendo la Administración Pública parte esencial de la organización del Poder Ejecutivo, el derecho administrativo contemporáneo encuentra sus bases no sólo en las leyes concernientes a su objeto, sino en las Constituciones políticas, en las cuales, cada vez con mas frecuencia, se han incorporado previsiones de esta disciplina. Por ello, en el derecho público contemporáneo se puede hablar del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, mediante el cual se han incorporado en los textos constitucionales, por ejemplo, previsiones relativas a la actuación del Poder Ejecutivo, y en especial a la Administración Pública al servicio del ciudadano, incluyendo previsiones sobre su conformación territorial conforme al principio federal, regional y en todo caso descentralizador y municipal. Entre esas previsiones están también las relativas a la creación de entidades descentralizadas; a la transparencia gubernamental; al acceso a la información administrativa; al principio de legalidad y su control; y, en fin, a la actividad administrativa.

Por tanto, vinculado a la descripción de su objeto, bien podría también 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.

En particular, en cuanto a la actividad administrativa, conforme al principio de legalidad, el régimen de derecho administrativo impone que solo debe ejercerse por los órganos competentes ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes y, en particular, conforme al procedimiento legalmente establecido. Por ello, las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, sin observancia del procedimiento legalmente prescrito o que usurpen la reserva legal, constituyen vías de hecho y vician los actos

## INTRODUCCIÓN

administrativos dictados de nulidad. En particular, respecto de los reglamentos, los mismos no pueden regular materias reservadas a la ley, como es el caso de la tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas, el establecimiento de penas o sanciones, así como tributos y contribuciones.

En esta forma, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad en el derecho administrativo contemporáneo, ha sido el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. La consecuencia de ello es que una de las características del derecho administrativo contemporáneo sea la conocida tendencia a codificar el procedimiento administrativo mediante la sanción de leyes específicas que los regulen, incluyendo la simplificación de trámites administrativos, para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública y para garantizar la participación ciudadana en la formación de los actos administrativos.

Estas leyes de procedimientos administrativos han consolidado la formalización o juridificación del derecho administrativo, al positivizarse lo que al comienzo eran solo principios generales de la disciplina, estableciéndose en las leyes detalladas 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 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, el procedimiento administrativo en el mundo contemporáneo 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.

Otra forma de ejercicio de la actividad administrativa, además de la acción unilateral, manifestada a través de los actos administrativos, es la que se realiza a través de contratos que la Administración Pública celebra con los administrados, que en esa forma asumen el rol de colaboradores de la Administración. En esta forma, los contratos del Estado o contratos administrativos configuran otro de los contenidos esenciales de la disciplina, los cuales después de su larga creación jurisprudencial, también han sido objeto de legislaciones especiales sobre Contratos del Estado, particularmente destinadas a establecer los principios para la selección de contratistas, a los efectos de asegurar la transparencia de las actividades administrativas.

Otro de los principios fundamentales del derecho administrativo propio del Estado de derecho, ha sido la consolidación de la responsabilidad administrativa,

## INTRODUCCIÓN

tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares; y no sólo contractual sino extracontractual. Aún cuando como en casi todas las regulaciones del derecho administrativo, el régimen de derecho privado también está a la base del desarrollo de los principios de la responsabilidad administrativa, en ésta, sin embargo, se han configurado principios propios relativos a garantizar la responsabilidad objetiva de la Administración, causada incluso por su funcionamiento normal, cuando se causa un daño individualizable incluso en ejercicio legítimo de potestades públicas, descartándose así la culpa del funcionario como fundamento único para justificar el derecho de indemnización.

Como se ha dicho, conforme a los postulados del Estado de Derecho y con base en el principio de la legalidad, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. En consecuencia, ningún acto estatal debería escapar al control del Poder Judicial, y en particular, de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuya creación en el mundo contemporáneo es otra de las tendencias del derecho administrativo.

Como se ha dicho, en particular, siendo los actos administrativos siempre de carácter sublegal, los mismos están sometidos al control judicial por parte de los tribunales con competencia contencioso administrativa, que en la mayoría de los países del mundo contemporáneo se conforma por tribunales especializados, aún cuando no necesariamente separados del Poder Judicial como sucede con el originario modelo francés. A los mismos, por otra parte, no sólo tienen acceso los administrados cuyos intereses personales, directos y legítimos hayan sido lesionados por la actividad administrativa, como es la situación general de la legitimación en estos procesos, sino que también progresivamente la legitimación se ha extendido a la protección de intereses difusos, es decir, los concernientes a la calidad de vida de la población como los daños al ambiente o a los consumidores; y de los intereses colectivos, referidos estos últimos, por ejemplo, a un sector poblacional determinado e identificable.

Estos tribunales contencioso administrativos, por otra parte, en el mundo contemporáneo, no sólo ejercen una competencia de control objetivo de la actuación de la Administración tendiente a la anulación de los actos administrativos ilegales, sino una competencia de orden subjetiva, para también poder condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, y para disponer lo necesario para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas que pudiesen haber sido lesionadas por la actividad administrativa. Ello implica que los jueces contencioso administrativos son los llamados no sólo para anular actos administrativos, sino para conocer y decidir con plenitud y dentro de los límites de su competencia, todas las demandas que se puedan intentar contra los entes públicos basadas en pretensiones subjetivas. Además, el ámbito del control que

ejercen los jueces contencioso administrativos se ha extendido también a las abstenciones o negativas de los funcionarios administrativos a dictar específicos y concretos actos administrativos a que estén obligados por las leyes. Se trata de lo que en muchos países se conoce como el control contencioso administrativo contra la carencia u omisiones administrativas.

### **Sección Segunda: SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (2015)**

**Esta Sección es el texto del estudio publicado en el libro: Jaime Rodríguez Arana y Libardo Rodríguez (Directores), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Granada 2015, pp. 25-71.**

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,<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> V., 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. V., igualmente, Luciano Parejo Alfonso, *El concepto del derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.



## INTRODUCCIÓN

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 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 garantías 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 Pública, 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



## INTRODUCCIÓN

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, 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 estatal<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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;<sup>4</sup> con el efecto fundamental de haber contribuido a que la titularidad de la soberanía pasase de un Monarca al pueblo.

---

<sup>2</sup> V., André Demichel, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> V., 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.

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 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 recogidos 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.<sup>5</sup>

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

---

<sup>5</sup> V., Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1985.

## INTRODUCCIÓN

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,<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> De allí aquella gráfica expresión de Prosper Weil en el sentido de que el

---

<sup>6</sup> Sobre el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, V., 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 International, 2015, pp. 9-54.

<sup>7</sup> V., Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57. V., igualmente, Alejandro Nieto “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 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.

derecho administrativo sufre, permanentemente, de una “crisis de crecimiento,”<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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 este 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

---

<sup>8</sup> V., Prosper Weil, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

<sup>9</sup> V., 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.

## INTRODUCCIÓN

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 aquella época cuando se dictaron las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y sobre Procedimientos Administrativos, que sin duda 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 autoritarios 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 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,”<sup>10</sup> 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 Falla, 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 derechos y garantías de estos, que lo llevaban a regular lo que llamó “la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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;

---

<sup>10</sup> V., Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo*, Madrid 1983.

<sup>11</sup> V., Fernando Garrido Falla, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 223.

<sup>12</sup> V., Marcel Waline, *Droit administratif*, París, 1963, p. 4.



## INTRODUCCIÓN

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 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,<sup>13</sup> 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

---

<sup>13</sup> V., 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.

## INTRODUCCIÓN

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 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, dismantelar la democracia y desarrollar gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos,<sup>14</sup> comenzando por el irrespeto a los derechos humanos.

---

<sup>14</sup> V., 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.