

## II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

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

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

---

<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.

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

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

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

El principio de legalidad es, por tanto, el primero de los principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados, como consecuencia de la concepción del Estado como Estado de derecho, que implica la necesaria sumisión de sus órganos al ordenamiento jurídico. Este, compuesto por las propias Constituciones, que tienen aplicación directa como norma, por las leyes y además, por el conjunto de reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes<sup>16</sup>.

El primer elemento del principio de la legalidad, por tanto, es el de la supremacía constitucional, que no sólo deriva de la idea misma de Constitución, sino que con cada vez mayor frecuencia los propios textos declaran como la norma suprema y el fundamento el ordenamiento jurídico, a la cual quedan

---

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

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

## INTRODUCCIÓN

sujetos todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público; constituyendo el cumplir y acatar la Constitución uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios. Todos los órganos del Estado, por tanto, están sometidos a la Constitución, y entre ellos, por supuesto, los que conforman la Administración Pública, la cual define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, y a las cuales deben sujetarse al realizar sus actividades. Por ello, la Administración Pública, ante todo debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

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

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

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

---

<sup>17</sup> H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

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

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

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

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

De lo anterior resulta, por tanto, que lo que constituyen las normas de derecho en relación con cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema

---

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

## INTRODUCCIÓN

jurídico jerarquizado. Por ello, para el Legislador, “legalidad” quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno.

En ambos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que los condicione, dando origen al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales (Jurisdicción constitucional).<sup>19</sup>

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

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

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

El derecho administrativo, como derecho que rige la organización y funcionamiento de la administración Pública, está por supuesto condicionado por

---

<sup>19</sup> V., Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.

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

la concreta organización constitucional que tenga el Estado, pues de ella deriva que exista una Administración Pública, o múltiples Administraciones Pública, personificadas o no.

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

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

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

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

Así, la consecuencia del principio de la distribución vertical del poder público es que el Estado resulta conformado por diversas entidades político-territoriales que actualizan en el orden interno la personalidad jurídica del Estado, de manera que, en él, no es una sola persona jurídica, sino que está conformado

---

<sup>21</sup> V., Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos”, en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Monteávila*, N° 2 (abril), Caracas, 2001, pp. 135-150.

## INTRODUCCIÓN

por un conjunto de personas jurídicas que son las personas jurídicas estatales territoriales. Estas personas jurídicas estatales, como sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, son las que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque, en definitiva, son las que establecen las relaciones jurídico-administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Sin embargo, debe observarse que la separación orgánica de poderes no origina un solo grupo de órganos que conforman la Administración Pública en cada nivel territorial y que serían los que ejercen el Poder Ejecutivo, sino otros órganos que sin estar en el Poder Ejecutivo forman parte de aquella. Ello, porque la Administración Pública en realidad tiene un carácter inter orgánico, en el sentido de que, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás Poderes del Estado. Es decir, todos los órganos que ejercen cualquiera de los Poderes



## INTRODUCCIÓN

Públicos tienen su propia Administración Pública, compuesta por un conjunto de órganos e instituciones que les sirven a los otros órganos para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos. Esto sucede, por ejemplo, con la Administración del órgano Legislativo, la Administración de la administración de justicia (el órgano de administración de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, como la Administración Electoral.

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

#### 4. *Las funciones del Estado, su ejercicio interorgánico y la función administrativa*

Anteriormente nos hemos referido al marco constitucional del derecho administrativo que deriva de los principios de la distribución vertical y de la separación orgánica del Poder Público en las diversas ramas territoriales del mismo. Cada una de esas ramas del Poder Público, por supuesto, tiene sus funciones propias, aun cuando todos los órganos a los cuales corresponde su ejercicio deben colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado. Y por “función” en el mundo del derecho público, ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo los agentes del Estado en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado las funciones normativas, política, jurisdiccional, administrativa y de control, son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal<sup>24</sup>; y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado.

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

---

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

<sup>24</sup> V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 105.

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

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

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

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

---

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

## INTRODUCCIÓN

órganos de los otros Poderes Públicos, como los órganos electorales o de Control fiscal, cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad.

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

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

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en esta forma realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política, antes mencionada, y la función administrativa. La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en

general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional, no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sub-legal.

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

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

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas en un procedimiento administrativo deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia, y el Congreso o Asamblea Legislativa también realiza o participa en la función jurisdiccional, cuando, por ejemplo, conduce un juicio político o autorizan el enjuiciamiento del Jefe de Estado. Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los tribunales judiciales del país, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función

## INTRODUCCIÓN

privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso judicial en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias, configurándose entonces como “función judicial.” Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar esa “función judicial” (función jurisdiccional ejercida por los tribunales). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

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

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

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

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función de conducción del gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional) y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), los órganos del Estado también ejercen la función administrativa, a través de la cual entran en relación con los particulares, actuando como sujetos de derecho, gestores del interés público<sup>26</sup>. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa).

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

Ahora bien, al igual que lo que sucede con las funciones normativa, política, jurisdiccional y de control, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público, como sería por ejemplo la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: el parlamento, por ejemplo, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o los Poderes de Control realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la

---

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

## INTRODUCCIÓN

administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, y a través de las personas jurídicas estatales entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo; por el parlamento, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales judiciales, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar por tanto de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo siempre, en todo caso, carácter sub-legal.

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El Poder Público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado.<sup>27</sup>

La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Jefe del Ejecutivo, realiza la función normativa, ésta se concretiza en decretos-leyes y en reglamentos (actos administrativos de efectos generales). En el caso de decretos leyes, si bien todos son en general objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (reguladas en las Constituciones); los mismos tienen rango y valor de ley. Pero el Jefe del Gobierno o el Presidente también realiza la función política, al dictar actos de gobierno, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En particular, en

este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrativos por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Jefe del gobierno o del Ejecutivo, en cuya condición dirige la acción de Gobierno; y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes.

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

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

Pero, además en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, actos administrativos.

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo la Corte o Tribunal Supremo ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales), y cuando los tribunales en general ejercen la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial, dictan actos administrativos; y cuando ejercen la función jurisdiccional, dictan actos judiciales (sentencias). El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y de la acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los Tribunales judiciales, en tanto que el acto legislativo está reservado al

## INTRODUCCIÓN

parlamento, el cual puede delegarlo en el Jefe del gobierno (leyes de delegación) y el acto de gobierno está reservada al mismo jefe del gobierno<sup>28</sup>; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sub-legal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

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

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

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

En sentido inverso, puede decirse que las leyes sólo emanan del Parlamento actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; que los actos de gobierno emanan del Jefe del Ejecutivo o Presidente, actuando en ejercicio de la función política; que los decretos–leyes emanan también del

---

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

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

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

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

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

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico del Estado de derecho no debe haber actos estatales excluidos de control.

De allí que dentro del marco constitucional del derecho administrativo también se identifique el de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del Poder Judicial o de tribunales Constitucionales.

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

En cuanto al sistema de justicia constitucional, en Iberoamérica existe una variada clasificación de los sistemas y métodos del mismo, y salvo el caso en Argentina, donde el control de constitucionalidad sigue exclusivamente el método difuso, en el resto de los países en general, conocen de sistemas con

## INTRODUCCIÓN

método concentrado de control asignados a Tribunales Constitucionales o a los Tribunales o Cortes Supremas de Justicia (Salas Constitucionales); que se ejerce en relación con a las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, teniendo la jurisdicción Constitucional,<sup>29</sup> poderes anulatorios en la materia con efectos erga omnes.

Ahora bien, para asegurar la sumisión de los reglamentos y demás actos administrativos al derecho, conforme al principio de la legalidad que deriva de la concepción del Estado de derecho en general la gran mayoría de los Estados iberoamericanos han previsto en sus Constituciones una garantía judicial específica a cargo de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, al conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y de la legitimidad de las actuaciones de la Administración Pública, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla intervenga<sup>30</sup>.

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

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

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

---

<sup>29</sup> V., Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

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

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

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

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

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

Pero, en tercer lugar, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como ha ocurrido en muchos países, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no con ello no sólo se asigna competencia a determinados tribunales para ejercer dicho control, sino en que en realidad se consagra un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración. Con ello se ratifica el principio de la universalidad del control, en el sentido de que, tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en cuarto lugar, la forma como conforme a la fórmula del Estado de derecho debería estar concebidas la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, debe implicar la asignación al juez contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela,

## INTRODUCCIÓN

no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración, más allá del clásico derecho subjetivo, y de los derechos constitucionales, abarcando los intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

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

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

De ello podría mencionarse como principios generales, y salvo que las leyes administrativas dispongan otro régimen, los siguientes:

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

En segundo lugar, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares por lesiones imputables al funcionamiento anormal de la Administración Pública, pero sin que sea necesario

---

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

establecer culpa alguna de los funcionarios o titulares de los órganos del Estado, como consecuencia de la teoría del riesgo también de acuerdo con lo establecido en los Códigos Civiles; y siempre que no se de alguna de las causas eximentes de la responsabilidad consagradas en los mismos y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

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