

PRESENTACIÓN

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela
y Universidad Católica Andrés Bello
Director del Centro de Estudios de Derecho Administrativo,
Universidad Monteávila*

Resumen: El Derecho Administrativo venezolano, a través de su fundamentación republicana, estableció de manera temprana el control pleno sobre la potestad discrecional, los actos políticos y los poderes normativos de la Administración, de manera coincidente con la obra de Eduardo García de Enterría.

Palabras clave: potestad discrecional, actos políticos, poderes normativos de la Administración, Eduardo García de Enterría.

Summary: The Venezuelan Administrative Law, through its republican basis, early established the judicial review over the administrative discretion, the political acts and the regulatory powers of the Administration, in coincident ways with Eduardo García de Enterría's works.

Keywords: Administrative discretion, political acts, regulatory powers of the Administration, Eduardo García de Enterría.

Recibido: 15 de junio de 2106 Aceptado: 19 de junio de 2016

I.

En las páginas 159–208 de la *Revista de Administración Pública* N° 38 (Madrid, 1962), Eduardo García de Enterría publicó “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. El texto recogió la conferencia el autor dio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962, dentro del curso *El Poder y el Derecho*, organizado por la “Promoción Manuel Ballbé” de 1962.

Este trabajo de García de Enterría debe valorarse en conjunto con otros trabajos más del autor publicados durante los años anteriores, y giran en torno a la idea central expuesta en *La lucha contra las inmunidades del poder*: la necesidad de asegurar el control judicial integral sobre toda la actividad de la Administración, como específica garantía del principio de legalidad, instituida en defensa de la libertad general del ciudadano. Esta idea cobró realce en el *principio de interdicción de la arbitrariedad*, que García de Enterría desarrolló en la reseña del libro de de Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, publicada en la *Revista de Administración Pública* número 29, Madrid, 1959, pp. 449–454, así como en su artículo “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, aparecido en el mismo número de la *Revista de Administración Pública*, pp. 161 y ss., y en su artículo “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, publicado en la *Revista de Administración Pública* número 30, Madrid, 1959, pp. 131 y ss.

En estos trabajos, Eduardo García de Enterría elaboró el principio de interdicción de la arbitrariedad, exponiendo los fundamentos conforme a los cuales no pueden existir “*inmunidades*” del poder ejercido por la Administración, es decir, áreas del quehacer administrativo exentas del principio de legalidad y del control judicial.

Por el contrario, el sometimiento pleno de la Administración a la Ley –como años después reconocería la Constitución de España de 1978, sin duda, acogiendo las enseñanzas de García de Enterría– debe ser incluso predicable a aquellas áreas de la actividad de la Administración que por su afinidad con el poder, se habían considerado inmunes a todo control, como sucede con la actividad administrativa discrecional, el llamado “acto de Gobierno”, referible a la actividad política del Gobierno, y los actos normativos de la Administración.

El punto de arranque de la teoría de Eduardo García de Enterría es una observación fundamental: el Derecho Administrativo tiene por objeto la ordenación jurídica de las relaciones entre el *poder* y el ciudadano. Pues el poder del Estado –que ha fundamentado toda la teoría contemporánea del Derecho Constitucional– encuentra expresión primera en la Administración. Por ello, someter sistemáticamente la Administración a la Ley y al Derecho, implica –ni más ni menos– que limitar el poder del Estado en su exteriorización concreta y tangible de poder político.

Este poder político, en el contexto de una visión estatista del Derecho Administración, había llevado a reconocer áreas del quehacer administrativo inmunes al principio de legalidad y del control judicial. Aquí entendemos por *visión estatista* del Derecho Administrativo la concepción según la cual éste ha de girar en torno a la Administración como poder, y a la protección de sus “privilegios y prerrogativas”, también conocidas como “inmunidades”.

Con la teoría que García de Enterría comenzó a desarrollar con ocasión al principio de interdicción de la arbitrariedad, y que luego continuó en *La lucha contra las inmunidades del poder*, la concepción del Derecho Administrativo varió, pues de una visión estatista se pasó a una visión centrada en el ciudadano.

Así, la defensa de la libertad del ciudadano, como cometido primero del Derecho Administrativo, exige el sistemático control de toda la actividad e inactividad administrativa por la Ley y, por ende, su sometimiento al control judicial, incluso en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa, los actos de gobierno, la potestad normativa y otras áreas en las cuales se habían reconocido “inmunidades”.

He aquí la base de la concepción vicarial de la Administración Pública, a la cual se refiere el artículo 103 de la Constitución de España de 1978, que ha inspirado a otras Constituciones, como sucede con el artículo 141 de la Constitución de Venezuela de 1999. La Administración al servicio de los ciudadanos es una Administración que parte de la centralidad del ciudadano y, por ende, de su libertad general, todo lo cual implica concebir a la Administración como un poder jurídico limitado por el ordenamiento jurídico y el Poder Judicial.

II

La lucha contra las inmunidades del poder fue publicada en una época decisiva para el Derecho Administrativo venezolano. En efecto, a inicios de la década de los sesenta del pasado siglo la doctrina del Derecho Administrativo venezolano logró sistematizar los principios generales de tal disciplina, muy en especial, de la mano de la jurisprudencia. Principios del mismo contenido que aquellos defendidos por Eduardo García de Enterría en su trabajo publicado en 1962.

Estos principios partían de una idea central, profundamente arraigada en los fundamentos republicanos de nuestro Derecho Público. Tal y como expuso Francisco Javier Yanes en 1839, en su *Manual Político del Venezolano*:

“La sociedad fue primero: ella es independiente y libre en su origen: por ella y para ella fue que se instituyó el gobierno, que no es sino instrumento suyo. A la sociedad corresponde mandar, al gobierno servir”.

He allí resumida la idea de la Administración al servicio de los ciudadanos y sometida por entero a la Ley. Sin embargo, la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público no había podido aplicarse de manera correcta, al menos, por dos circunstancias. La *primera* fue la degeneración de estos fundamentos en los regímenes autocráticos desarrollados en Venezuela durante el siglo XIX. La *segunda* circunstancia fue el proceso de *desfragmentación* del Estado venezolano durante aquel siglo, que impidió configurar una Administración Pública Nacional y con ella, un Derecho Administrativo igualmente nacional.

Esta segunda condición comenzó a cambiar a partir de 1899, cuando inicia el proceso de *centralización* del Estado Nacional. Entonces, fue necesario articular de manera organizada el conjunto de principios que regirían a la naciente Administración Pública Nacional, que ya para el final de la dictadura de Juan Vicente Gómez (1908–1935) aparece consolidada. De allí surgió no solo la Administración Pública Nacional, sino también, el Derecho Administrativo que le era propio, el cual comienza a sistematizarse formalmente a partir de 1909.

Fue por ello que a partir de 1909, la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público comenzó a decantarse en un Derecho Administrativo articulado para el control efectivo de la Administración. Esta fundamentación republicana puede encontrarse en el primer texto conocido del Derecho Administrativo venezolano, a saber, el Curso del profesor Federico Urbano, de 1910. Allí puede leerse lo siguiente:

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”

Sobre esta fundamentación republicana comenzó a decantarse el Derecho Administrativo en Venezuela durante la primera mitad del siglo XX. En ese proceso la jurisprudencia tuvo un rol relevante, pues logró condensar principios claves orientados a afirmar el sometimiento pleno de la Administración a todo el ordenamiento jurídico bajo el control judicial integral.

La sistematización de esa jurisprudencia fue especialmente adelantada por Allan R. Brewer-Carías, quien con base en ello comenzó a redactar su Tesis Doctoral en 1962, precisamente, el mismo año en que Eduardo García de Enterría publicó *La lucha contra las inmunidades del poder*. Pero hay aquí una importante diferencia: mientras que el trabajo de Eduardo García de Enterría era una *propuesta* sobre el necesario sometimiento integral de toda la actividad e inactividad de la Administración al principio de legalidad y al control judicial, Allan R. Brewer-Carías pudo demostrar cómo, de acuerdo con los principios jurisprudenciales aceptados para ese entonces, tal control respondía –en Venezuela– a un principio general plenamente aceptado.

Así, en 1963 Brewer-Carías publicó su artículo “Algunas bases fundamentales del Derecho Público en la jurisprudencia venezolana” , que aparece en la *Revista de la Facultad de Derecho* N° 27 de la Universidad Central de Venezuela (Caracas, 1963, pp. 143-147). Allí Brewer-Carías resumió las principales sentencias que moldearon a los principios generales del Derecho Administrativo venezolano, incluso, por lo que respecta al control sobre la discrecionalidad. Entre otras, quiere resaltarse la sentencia de la Corte Federal de 17 de julio de 1953, en la cual se afirma lo siguiente:

“En este orden, todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas.

De ahí, el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley. Desbordar este cerco constituye grave infracción que apareja la consiguiente enmienda por parte del o de los órganos jurisdiccionales competentes”

Tal principio había sido desarrollado en la década anterior por J.M. Hernández-Ron, quien dedicó su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1942), precisamente, al tema de “La potestad administrativa discrecional y su ejercicio en el campo del Derecho Público venezolano” (*Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 7, Caracas, 1942, pp. 2 y ss). Allí puede leerse siguiente:

“Hemos dicho que todos los poderes del Estado pueden en ciertas oportunidades, y para desarrollar sus actividades privativas, hacer uso de la facultad discrecional. Mas ésta, según lo hemos repetido en el curso del presente trabajo, no debe degenerar en facultad arbitraria (...) el Poder Judicial -regulador supremo de la potestad discrecional y bastión para resistir las irrupciones arbitrarias de éste- ocupa hoy en las instituciones republicanas un lugar preferente”

Como puede apreciarse, entre la década de los cuarenta y cincuenta de pasado siglo, la doctrina y jurisprudencia venezolanas habían admitido que la potestad discrecional no es excepción al principio de legalidad, en el sentido que la discrecionalidad administrativa no puede equivaler a arbitrariedad, todo lo cual presupone el control judicial de esa discrecionalidad. Cabe aquí citar también, por su importancia histórica, el fallo de la Sala Político-Administrativa de 6 de noviembre de 1958, caso *Reingrüber*.

Todas estas sentencias fueron rescatadas y sistematizadas por Allan R. Brewer-Carías en su Tesis Doctoral, redactada entre 1962 y 1963, bajo el título "*Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*" (originalmente publicada en la *Colección Tesis de Doctorado, Volumen IV*, Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1964, y reimpressa en la obra homenaje de esa Tesis, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana en 2015). En relación con el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Allan R. Brewer-Carías afirmó lo siguiente:

"Pero esa discrecionalidad ni implica arbitrariedad ni injusticia, puesto que la Administración Nacional, Estadal o Municipal no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin. Siendo así las cosas, el funcionario, al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo sin excederse de su competencia y marcando la exacta correspondencia entre *los motivos, el fin perseguido y los medios utilizables*" (p. 51).

Como puede observarse, existe plena sintonía entre esas afirmaciones y las propuestas de Eduardo García de Enterría en *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ello a pesar de que esa obra, por la fecha en la cual fue publicada, no pudo ser citada por Brewer-Carías en su Tesis.

Cuando pocos años después Allan R. Brewer-Carías volvió sobre este tema ("*Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas*", en *Ponencias venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Comparado, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, pp. 255 y ss.), todos estos principios son ratificados y sistematizados, ahora, con referencia directa a *La lucha contra las inmunidades del poder*. Así, en las páginas 258 y 259 de ese trabajo, Brewer-Carías afirma lo siguiente:

“La evolución de los últimos años en el sistema administrativo de casi todos los países, ha sido el de la reducción paulatina de las llamadas “inmunidades de poder”, donde se encuentra tradicionalmente inmerso el poder discrecional. Y puede decirse que esa reducción paulatina del poder discrecional ha sido una de las características de la reciente evolución del Derecho Administrativo”.

De esa manera, los fundamentos republicanos de nuestro Derecho Administrativo permitieron afirmar, tempranamente, el principio de universalidad de control de todos los actos del Poder Público, incluyendo los actos dictados por la Administración. Tal principio no solo fue afirmado respecto de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, sino también, de los actos de contenido político, llamados “actos de gobierno”. Ambos temas fueron tratados por Eloy Lares Martínez, quien en 1963 publicó su *Manual de Derecho Administrativo* (Cursos de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 127). Allí se afirma que los “poderes discrecionales” no implican la supresión del principio de legalidad, especialmente en cuanto a los elementos reglados del acto, sometidos como tal al control judicial.

Estas consideraciones permitieron a Lares pronunciarse sobre el acto de gobierno, otra fuente de las “inmunidades” a las cuales aludió Eduardo García de Enterría. Así, respecto de los llamados *actos de gobierno*, Lares Martínez negó su existencia en Venezuela (p. 135), en cuanto actos puramente políticos excluidos del control judicial, citando en su apoyo a José Guillermo Andueza (*El control en Venezuela de los actos ilegales de la Administración*, Caracas, 1959, p. 24).

La universalidad de control y el sometimiento pleno de la Administración a la Ley, fueron principios afirmados también respecto de los actos normativos de la Administración, que constituyen la tercera y última fuente de las inmunidades estudiadas por García de Enterría. En Venezuela, tradicionalmente

se ha considerado que la potestad normativa de la Administración, en su manifestación específica de potestad reglamentaria, queda sometida a la Constitución y a la Ley, así como sometida al control directo por parte del Poder Judicial. En el *Tomo I su Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, publicado originalmente en 1937, Hernández-Ron afirmó estos principios respecto de la potestad reglamentaria:

“Pasemos ahora a estudiar lo relativo a la nulidad de los reglamentos: corresponde a la Corte Federal y de la Casación declarar la nulidad de todos los actos del Poder Público violatorios de las disposiciones de la Constitución Nacional, y, por tanto, de los Reglamentos dictados por el Ejecutivo Federal, cuando alteren el espíritu, propósito y razón de la respectiva Ley” (segunda edición del Tratado, Editorial Las Novedades, Caracas, 1943, p. 139).

Como puede apreciarse, el Derecho Administrativo venezolano, muy tempranamente, materializó su fundamentación republicana afirmando el sometimiento pleno de la Administración al Derecho, bajo el control judicial integral, incluso, respecto de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales; actos basados en motivaciones políticas y actos reglamentarios.

III

Toda la doctrina y jurisprudencia venezolanas posteriores girarían en torno a estos principios que aparecen ya consolidados en el Derecho Administrativo venezolano para cuando *La lucha contra las inmunidades del Poder* es publicado en 1962, como es el caso –notable por lo demás– del trabajo de Antonio Moles Caubet, publicado en 1974, *El principio de legalidad y sus implicaciones*.

Baste igualmente con citar, aquí, como sentencias que posteriormente ratificaron estos principios, a las decisiones de la Sala Político-Administrativa de 2 de noviembre de 1982, caso *Depositaria Judicial*; 19 de mayo de 1983, *Hola Juventud* y 1 de agosto de 1991, *La Escuelita*. Tales decisiones –con ponencias de los magistrados Luis H. Farías Mata, en el primer y tercer caso, y de René de Sola, en el segundo– forman parte de los fundamentos republicanos básicos del Derecho Administrativo venezolano.

De esa manera, el control judicial integral de toda la actividad e inactividad administrativa, incluso en los ámbitos de la discrecionalidad administrativa, valoraciones políticas y potestades reglamentarias, se consolidó notablemente en las décadas siguientes como consecuencia del afianzamiento de la democracia en Venezuela. Así lo resumió magníficamente la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 21 de noviembre de 1988, caso *Jorge Olavarría*. Nuevamente con ponencia de Luis H. Farías Mata, la Sala explicó, de la siguiente manera, el avance en el control judicial de la Administración:

“pero este avance no es producto del azar, sino el consecuente resultado de la proporcional coincidencia entre la consolidación del Estado de Derecho –gracias al afianzamiento del régimen democrático– y el desarrollo de la justicia a favor, especialmente, del particular, buscando preservar a éste de las arbitrariedades del poder público, producidas con ocasión, o so pretexto, del resguardo del interés general por la Administración”.

Queda así en evidencia la estrecha relación entre Estado de Derecho, democracia e interdicción de la arbitrariedad.

IV

Todos estos principios están formalmente vigentes en el Derecho Administrativo venezolano. Algún tribunal, incluso, ha citado en fecha reciente el trabajo de García de Enterría (sentencia N° 455/2010 de la Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativa). En la práctica, sin embargo, el Derecho Administrativo venezolano contemporáneo se ha convertido en el refugio último de las inmunidades del poder en detrimento de la libertad general del ciudadano. La justicia administrativa en Venezuela no control al poder frente al ciudadano, sino todo lo contrario: controla al ciudadano frente al poder.

De allí que ha pareció útil reproducir en la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* el texto originalmente publicado por Eduardo García de Enterría en 1962. Hay, como es sabido, ediciones posteriores, como la publicada en formato de libro por Civitas (tercera edición de 1983, reimpresa en 2004) pero nos ha parecido pertinente reproducir la versión publicada en 1962, por el interés que ese texto representa para los estudiantes actuales del Derecho Administrativo venezolano. Esa fue la iniciativa con base en la cual el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer nos propuso publicar tal texto, lo cual fue posible gracias a su intermediación y al consentimiento de la viuda del profesor Eduardo García de Enterría, Doña Amparo Lorenzo-Velázquez, a quienes deseamos expresar nuestro sincero agradecimiento.

Interés actual para los estudiantes del Derecho Administrativo venezolano, decíamos. Pues a diferencia de la década de los sesenta del pasado siglo, cuando las enseñanzas del profesor Eduardo García de Enterría encontraron eco en nuestra disciplina, en la actualidad esas enseñanzas chocan contra el muro construido por un Derecho preocupado mucho más de proteger al poder que de proteger al ciudadano.

De allí que quisimos, además, acompañar la publicación en Venezuela del texto del profesor García de Enterría, con estudios de profesores de Derecho Administrativo venezolano acerca de la influencia de *La lucha contra las inmunidades del poder*.

La publicación de *La lucha contra las inmunidades del poder* del profesor Eduardo García de Enterría, por ello, debe servir para reanimar en Venezuela la misión con la cual el profesor García de Enterría culminó su estudio, esto es, la lucha por la instrumentación del Estado de Derecho como un Estado de justicia “*pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria*”.

Caracas, julio 2016