

LA FORMACIÓN DEL *IUS ADMINISTRATIVUM* Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO HUMANISTA DE ALLAN R. BREWER-CARIÁS

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela

Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña

Asociado, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.

Estudio preliminar del libro *El pensamiento jurídico en el Derecho administrativo de Allan R. Brewer-Carías*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2024.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo, estudiado a través de las instituciones que facilitan la acción colectiva dentro del Estado, comenzó a cobrar realce a fines del siglo XIX, debido a la consolidación del Estado y su poder administrativo. Fue en todo caso en el siglo XX cuando el moderno Estado Administrativo llevó a la doctrina, legislación y jurisprudencia a abstraer, de la acción estatal, aquella orientada a la gestión concreta de los cometidos públicos. Inicialmente, y desde el método comparado, este esfuerzo estuvo muy influenciado por la distinción -más teórica que práctica- entre el *common* y el *civil law*, impulsada por la hegemonía del Derecho Administrativo de Francia, entendido como el régimen exorbitante basado en privilegios y prerrogativas. En el siglo XXI, en todo caso, esta distinción ha comenzado a ceder ante la difusión transnacional de instituciones administrativas que tratan de hacer más eficiente la acción colectiva, tanto más, en una era de riesgos globales, como la pandemia, el cambio climático y la inteligencia artificial.

También en el siglo XXI ha quedado en evidencia el riesgo y la necesidad del Estado administrativo. El riesgo viene determinado por regímenes autocráticos que se escudan en formas legales, y en concreto, tras los privilegios y prerrogativas, resultando en una deriva autoritaria-

populista. La necesidad queda marcada por la fragilidad estatal y en especial, la fragilidad del Estado administrativo, lo que hace ineficiente la acción colectiva, como por lo demás quedó comprobado en la pandemia de la COVID-19. De allí que, en el siglo XXI, está quedando en evidencia la necesidad del Estado administrativo organizado en torno a instituciones orientadas al bien común y centradas en la dignidad humana, que reduzcan de manera eficiente los costos de la acción colectiva necesaria para cumplir el creciente y contradictorio catálogo de cometidos derivados del Derecho Internacional, Constitucional y en suma, Global.

En esta historia del Derecho Administrativo que comienza a formarse en el siglo XX, destaca el pensamiento jurídico de Allan R. Brewer-Carías, inspirado en las particularidades del fenómeno administrativo que hacen, del Derecho Administrativo, un Derecho estatal, en tanto sus instituciones son necesarias para la efectiva materialización de los cometidos públicos siempre partiendo de la centralidad de la persona, su dignidad y derechos humanos. Esto hace que el pensamiento de Brewer-Carías sea humanista, orientado en los últimos sesenta años a tres grandes objetivos, como son la consolidación del Derecho Administrativo bajo el principio de legalidad y los principios fundamentales del Derecho Público; la centralidad de los derechos humanos y, finalmente, la reacción frente al falso Derecho Administrativo que comienza a emerger en el siglo XXI.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO, LA ACCIÓN COLECTIVA Y LAS RAÍCES HUMANISTAS DEL IUS ADMINISTRATIVUM.

La historia del Derecho Administrativo es tan antigua como la historia de la comunidad política y, por ende, de la propia humanidad. No nos referimos, por supuesto, al elaborado modelo de Derecho Administrativo que resultó de la Revolución Francesa, ni al Derecho del Estado administrativo que surge en el siglo XX. Aludimos, más bien, a la idea de Derecho Administrativo basada en el concepto de instituciones, como éste es empleado en las ciencias económicas y políticas. Toda comunidad política, más allá de su grado de madurez, requiere de instituciones que faciliten la gestión concreta o material de sus tareas o cometidos comunes y que, como tal, demandan una acción colectiva, esto es, la organización de recursos,

medios y personal. De ello resulta que toda comunidad política cuenta con una administración política.

El tránsito de la administración política a la Administración Pública - como administración estatal- responde a un proceso mucho más reciente, que comienza a darse especialmente en Europa hacia el absolutismo, y que cobraría pleno realce -allende las fronteras europeas- hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. En América Latina el proceso es mucho más tardío, al punto que es en el siglo XX cuando comienza a consolidarse el todavía imperfecto proceso de formación del Estado. En todo caso, con el advenimiento del Estado surgió el Estado administrativo, o sea, las instituciones orientadas a la gestión concreta y material de los cometidos estatales. A mediados del siglo XX, y con ocasión a la transformación del Estado Liberal en Estado Social, emergió el moderno Estado administrativo, en el cual las instituciones jurídico-administrativas se caracterizan por una mayor interacción económica y social.

La necesidad de estudiar de manera jurídica y comprensiva la actividad del Estado orientada a la gestión concreta de sus cometidos, fue la primera razón que llevó a pensar al Derecho Administrativo. A principios del siglo XIX, en la que suele ser considerada como la primera obra en la materia, Romagnosi observó que dentro del Estado, es posible abstraer la actividad orientada a administrar o gobernar, a través de la cual la autoridad incide en la *cosa pública*, o sea, en los asuntos comunes del cuerpo político. El interés público es, así, el interés común de la sociedad política. Este interés público o interés general es, al mismo tiempo, el fin y el medio a través del cual la autoridad sirve a la comunidad política. La administración de estos asuntos políticos es, por ende, Administración Pública, y las reglas que rigen a esa administración conforman al Derecho Administrativo, diferenciado como tal del Derecho Constitucional o del llamado Derecho Político¹.

El interés o cosa pública es el concepto nuclear del Derecho Administrativo. En la tradición legal clásica propia del *ius commune*², el

¹ Romagnosi, D., *Principi Foudamentali di Diritto Amministrativo*, Giovanni Silvestri, Milán, 1837, pp. 1-2.

² El *ius commune* es una construcción medioeval (entre los siglos XII y XV), basada en la relación entre el Derecho positivo -*ius civile*- el Derecho Natural y el Derecho Canónico, que especialmente se extendió en Europa no solo como resultado de la expansión del Derecho Romano, sino también, del Derecho eclesiástico. Este *ius commune* se sistematizó después que el *common law* anglosajón, lo que ha sido considerado como una de las razones que explican la diferencia entre el Derecho anglosajón y el continental. Vid.: Combalía, Zoila, "La influencia del *ius commune* en la formación del Derecho

interés público entronca con el concepto de comunidad política, de acuerdo con el pensamiento de Aristóteles³, y que Santo Tomás de Aquino resumiría en la idea del bien común⁴. Así, toda comunidad política requiere de una administración orientada al servicio del bien común, que no se opone -ni puede oponerse- al bien individual, en tanto éste requiere de una comunidad ordenada⁵. La persona es tal sí y solo sí realiza su dignidad dentro de una sociedad ordenada por el bien común⁶. No negamos que esta visión se basa en una suerte de teoría moral del Derecho Público, que condiciona su validez no a elementos formales sino a su compatibilidad con la dignidad humana, base del bien común. Pero este es el pensamiento en el que descansa, en especial, la historia de las instituciones políticas y administrativas en Hispano-América.

En efecto, siguiendo a Luigi Labruna⁷, podemos observar que la tradición romanista se difundió en la región con las instituciones jurídicas pre-colombinas. El carácter humanista del *ius commune* -basado en la dignidad inherente a la persona humana- fue el principal alegato empleado en 1511 por Antonio de Montesinos, ampliados luego por Bartolomé de las Casas, para la defensa de la dignidad de los indígenas⁸. Estos alegatos estaban inspirados en las *Leyes de las Siete Partidas* de Alfonso El Sabio y, en suma, en el *ius commune* medioeval que, a partir de la tradición romanista,

anglosajón”, en González-Varas Ibáñez, Alejandro (coordinador), *El ius commune y la formación de las instituciones del Derecho Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 68 y ss.

³ La ciudad -escribió Aristóteles- no puede estar “sin los magistrados necesarios, y sin los que tienen cargo del buen orden y policía de ella no se puede vivir bien y honestamente”. *La política*, traducción de Pedro Simón Abril, Ediciones Nuestra Raza, Madrid, 1910, p. 223.

⁴ Para Santo Tomás, la sociedad de los libres es gobernada hacia el bien común, lo que resulta en una forma recta y justa de gobierno. Así, en *Suma Teológica* se lee: “también el rey, que procura el bien común de todo el reino, con su mandato mueve a cada uno de los magistrados a quienes les tiene encomendado el gobierno de las distintas ciudades” (I, q. 82, a.4).

⁵ Es por ende inherente a la naturaleza de la persona desenvolverse en la sociedad y dentro de la comunidad política, la cual solo puede existir desde y para el bien común, lo que presupone la existencia de la autoridad. La persona “tiene por consiguiente necesidad de un agente que lo dirija a su fin y por eso, y para eso, le ha sido infundada la luz de la razón natural”. Santo Tomás de Aquino, *El Gobierno Monárquico o sea el libro De Regimine Principum*, Imprenta y Librería de D.A. Izquierdo, Sevilla, 1861, p. 3

⁶ Maritain, Jacques, *The person and the common good*, University of Notre Dame Press, Indiana, 2012, pp. 47 y ss., así como *Christianity and Democracy-The rights of man and the natural law*, Ignatius Press, San Francisco, 2011, pp. 100 y ss.

⁷ Labruna, Luigi, “Tra Europa e America Latina; principio giuridici, tradizione romanistica e “humanitas” del Diritto”, en *Revista Da Faculdade De Direito n°99*, 2004, pp. 61 y ss.

⁸ Sardiñas, Loida, *Dignidad humana*, Ediciones USTA, Bogotá, 2019, pp. 106 y ss.

realizó la centralidad de la dignidad humana⁹. La tradición humanista - escribe Helmut Coing- es uno de los grandes aportes del *ius commune*¹⁰.

El primer constitucionalismo latinoamericano reflejó esta tradición humanista al partirse del reconocimiento de derechos inherentes a la persona humana, según quedó reflejado en las declaraciones de derechos y primeras Constituciones¹¹. En especial, la Constitución de Venezuela de 1811 reflejó la tradición del *ius commune* mediante la recepción de la *libertad republicana*, que como explicó el jurista venezolano Juan Germán Roscio, no era equivalente al libertinaje. La libertad republicana se basa en virtudes que apuntalan principios orientados al bien común, que como la Constitución de Venezuela de 1811 indicó, es la justificación primera del Gobierno¹².

Situar al interés general o público desde el bien común, ayuda a comprender el fundamento de la comunidad política y de todo el Derecho Público es la dignidad humana, y por ende, el Derecho Natural¹³. De allí que toda autoridad -y toda Ley- que atente contra la dignidad humana es intolerable. La primacía del fondo sobre las formas legales, como Rommen observó tras el advenimiento del Tercer Reich, es la última barrera de protección de la persona frente al Estado y, en especial, el Estado administrativo. Tal es la piedra en que se sostiene el Derecho Administrativo en el Derecho Interamericano, o sea, el Derecho Administrativo

⁹ Torrent, Armando *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: Derecho Romano-Ius Commune-Derecho Europeo*, Edisofer, Madrid, 2017, pp. 240 y ss. Véase en especial a Filippi, Alberto, "Introducción histórica", en García Netto, Irma (ed), *Principios generales del Derecho Latinoamericano*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, así como Murillo Rubiera, Fernando, *América y la dignidad del hombre*, Colecciones Mapfre, Madrid 1992, pp. 58 y ss.

¹⁰ Coing, Helmut, "La contribución de las naciones europeas al Derecho Común", en Pérez Martín, Antonio (ed) *España y Europa, un pasado jurídico común*, Instituto de Derecho Común, Murcia, 1985, p. 45.

¹¹ Lobrano, Giovanni, "Derecho Romano y Constitucionalismo Latino", en Cardilli, Ricardo et al., (ed), *Diritto Romano, Constitutionalismo Latino e Nuova Costituzione Cubana*, Wolters Kluwer Italia S.r.L., Milán, 2019, p. 31. Véase también a Catalano, Pierangelo, *Constitución romana y pueblos de América Latina*, Universidad Externado, Bogotá, 2020, pp. 63 y ss. En general, vid. Fernández Sebastián, Javier, "Introducción. En busca de los primeros liberalismos iberoamericanos", en Fernández Sebastián, Javier (ed), *La aurora de la libertad. Los primeros liberalismos en el mundo iberoamericano*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2021, p. 9.

¹² Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, "El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes", en Brewer-Carías, Allan (ed) *La independencia y el estado constitucional en Venezuela: como obra de civiles: (19 de abril de 1810, 5 de julio de 1811, 21 de diciembre de 1811)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, pp. 238 y ss.

¹³ Finnis, John, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, 2011, pp. 134 y ss.

Interamericano, de acuerdo con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴.

Tal es, en apretada síntesis, el fundamento del *ius administrativum*, o sea, las instituciones administrativas influenciadas por la tradición legal clásica. Pero lo cierto es que la necesidad de estudiar a las instituciones administrativas, separadas de las instituciones políticas y constitucionales, solo surge en el siglo XIX, con ocasión a la consolidación del Estado administrativo. Aquí debemos detenernos para explicar que el Estado administrativo no es otra cosa que la organización política en la cual la Administración Pública es la herramienta para lograr la materialización concreta de los cometidos públicos.

Precisamente, la consolidación del Estado¹⁵, siguiendo a Heller¹⁶ y Jellinek¹⁷, requiere elementos de cohesión social basados en la Administración Pública y su burocracia¹⁸. Esta cohesión, a su vez, precisa de un poder central que ejerza el poder político único y unitario. Sin poder político consolidado, no puede haber en realidad proceso de democratización. Por ello, la primera tarea del Derecho Constitucional -de acuerdo con James Madison- es crear a un Gobierno que gobierne, para luego controlar su poder¹⁹. Esta idea del poder político consolidado daría

¹⁴ La Declaración resalta, en su considerando, que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana”, y que “las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”

¹⁵ La referencia primera al concepto moderno de Estado es usualmente Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe. La mandrágora*, Cátedra Letras Libres, Madrid, 2003, p. 73. Vid.: Njaim, Humberto y Leu, Hans-Joachim, *Selección de textos en torno al Estado*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1968, pp. 1 y ss.

¹⁶ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, pp. 169 y ss. La cohesión social encuentra, en la Administración Pública, un punto central de apoyo, en especial, en términos de ejército, burocracia y finanzas. El ejército permanente -de acuerdo con esta tesis- “y la burocracia de carácter continuo suponen la planificación de la administración financiera del Estado” (p. 174). De allí que sea necesario “la constitución de un patrimonio del Estado y el aseguramiento de una tributación regular” (p. 174). Advertimos que Heller cuestiona la denominación *Estado medieval*, dado que hay ciertos requisitos mínimos para afirmar la existencia del “verdadero poder estatal”.

¹⁷ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pp. 130 y ss. De acuerdo con este principio “la unificación de las relaciones de voluntad es la que se nos presenta como Estado”. Para el autor, el Estado “es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio” (p. 133).

¹⁸ Weber, Max, *Max Weber's Complete Writings On Academic and Political Vocations*, Algora Publishing, 2013, p. 367.

¹⁹ *Federalist* N° 51: “In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself”

lugar al que es, quizás, el concepto más difundido de Estado, propuesto por Max Weber: el poder político que ejerce el monopolio legítimo de la fuerza²⁰. Tal y como García-Pelayo observó, el Estado se sostiene en el “*monopolio legítimo del poder público*” ejercido por un “*solo centro soberano y originario*”²¹.

Las ciencias políticas han prestado especial atención al proceso de formación del Estado a partir de la cohesión y consolidación del poder político²². En especial, el interés se ha centrado en comprender cuáles son las condiciones que favorecen a esa cohesión, como es el caso, por ejemplo, de las guerras²³. En concreto, la ineficiencia social de la violencia -cuando ésta es fragmentada, como sucedía por ejemplo con los señores feudales- genera incentivos de cooperación, todo lo cual permite transitar desde relaciones de poder personales o patrimoniales, a relaciones de poder ordenadas de manera general y abstracta²⁴. Empleando la conocida expresión de Weber, este poder general y abstracto descansa en mecanismos de dominación burocráticos²⁵. Tal es, precisamente, el rol de la Administración Pública, cuya existencia es una condición necesaria para la conformación y existencia del Estado. En realidad, la cohesión que hace posible al Estado es, ante todo, cohesión de las instituciones administrativas, pues solo esa organización de la acción colectiva hace posible el advenimiento del Estado.

Por ello, la Administración Pública es causa y consecuencia del proceso de formación del Estado. Desde las ciencias económicas, se ha observado cómo el Estado precisa de mecanismos que hagan más eficiente la acción colectiva²⁶. También, se ha señalado que el Gobierno existe en función a las externalidades, pues la acción colectiva es desincentivada por la preferencia individual de no apoyar tal acción, en espera de recibir, de igual manera, sus beneficios. El resultado es, en todo caso, paradójico: para

²⁰ Weber, Max, *Weber's Complete Writings On Academic and Political Vocations*, Algora Publishing, Nueva York, 2013, p. 367.

²¹ García-Pelayo, Manuel, “Estado”, en *Obras Completas, Tomo III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2951 y ss.

²² Huntington, Samuel, *Political order in changing democracies*, Yale University Press, New Haven, 1968, p. 8.

²³ Tilly, Charles, “War making and State Making as Organized Crime”, en Evans, Peter, *et al.* (ed.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 167 y ss.

²⁴ North, Douglass, et al., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, pp. 11 y ss.

²⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Tomo I*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss.

²⁶ Olson, Mancur, *The logic of collective action*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 5 y ss.

paliar esa externalidad, la sociedad crea al Gobierno que, a su vez, genera externalidades²⁷. En cualquier caso, la administración -como actividad- es inherente a toda comunidad política, pues a través de ella se facilita la acción colectiva.

Fue en todo caso durante el siglo XX cuando la acumulación y expansión de los cometidos del Estado realzó la importancia de la Administración Pública, surgiendo de esa manera el *moderno* Estado administrativo, esto es, la Administración Pública del Estado Social y Democrático de Derecho. La expansión de lo cometidos estatales llevó a ampliar los cauces de la actividad administrativa, pero siempre en función al rol que ésta cumple en la promoción de la acción colectiva²⁸.

Si volvemos a Romagnosi, entonces, podremos comprender cómo el Derecho Administrativo no es más que la abstracción del Derecho creado por la sociedad para organizar a la acción colectiva. En economía, y gracias a North, se estudia cómo las reglas que inciden de manera coactiva en la conducta humana, esto es, las instituciones, inciden en el desempeño económico y, agregamos, en la eficacia de la acción colectiva²⁹. Las instituciones políticas son, así, las reglas que inciden sobre la construcción del poder del Estado³⁰, de forma tal que instituciones políticas ineficientes, impactan adversamente en la efectividad del Estado³¹. Dentro de esas instituciones políticas, las instituciones administrativas resultan especialmente influyentes en el desempeño del Estado, al punto que, para algunos, es la calidad institucional la clave del desarrollo³².

Esto permite explicar por qué, en el creciente interés en torno a la capacidad estatal como condición al desarrollo, la capacidad burocrática o administrativa ocupa un lugar central³³. El concepto de Estado frágil

²⁷ Tullok, George, *Public Goods, Redistribution and Rent Seeking*, The Locke Institute, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008, pp. 28 y ss.

²⁸ La transformación del Estado Liberal en Estado Social, y la consecuente expansión de la actividad administrativa, ha sido un tema ampliamente estudiado en el Derecho Comparado. Véase el trabajo clásico de Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 82 y ss.

²⁹ North, Douglass, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 36 y ss.

³⁰ Fukuyama, Francis, *State Building*, Cornell University Press, 2014, pp. 1 y ss

³¹ Fukuyama, Francis, *Political order and political decay*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 26 y ss.

³² Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

³³ Dincecco, Mark, *State Capacity and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 3

describe, de esa manera, cómo limitaciones de capacidad pueden impedir el efectivo cumplimiento de los cometidos estatales³⁴, lo que puede dar lugar a áreas de limitada estatalidad, o sea, áreas en las cuales las instituciones formales del Derecho Público no se aplican efectivamente, y en su lugar surgen instituciones informales e ineficientes³⁵. Precisamente, en América Latina, la fragilidad estatal deriva en la fragilidad de las instituciones³⁶, todo lo cual deriva en un círculo vicioso que afecta la calidad de la democracia³⁷. De estas fallas de capacidad estatal surge el Derecho Administrativo Fallido, o sea, las instituciones administrativas de Estados frágiles, que no logran promover una acción colectiva eficaz y eficiente.

Administración Pública y Estado aparecen entonces relacionados de manera indivisible. Por ello, la condición esencial para que exista Administración es que exista Estado, lo que permite explicar cómo algunas técnicas de la intervención administrativa son anteriores al Estado de Derecho, que emerge a partir del siglo XVII³⁸. La dependencia del Derecho Administrativo al Estado, como observó Sabino Cassese³⁹, es el signo característico del Derecho Administrativo. De allí surge también -Linde Paniagua- la concepción del Derecho Administrativo como una categoría histórica, o sea, un producto de la evolución de la sociedad y del Estado⁴⁰.

³⁴ Rotberg, Robert, "Odious and Failed States, Humanitarian Responses", en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss

³⁵ Börzel Tanja A., et al, "Governance in Areas of Limited Statehood: Conceptual Clarifications and Major Contributions of the Handbook" en Börzel Tanja A. et al (ed), *The Oxford Handbook of Governance and Limited Statehood*, Oxford University Press Oxford, Oxford, 2018, pp. 3-6.

³⁶ Brinks, Daniel et al., *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 18 y ss.

³⁷ Mazzuca, Sebastián y Munck, Gerardo, *A Middle-Quality Institutional Trap. Democracy and State Capacity in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 62 y ss.

³⁸ Villar Palasí, José Luis, *El fin del antiguo régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2001. Explica el autor: "en el Derecho administrativo se da una paradoja muy singular, y es que las técnicas básicas, las categorías jurídicas esenciales, las técnicas fundamentales del Derecho administrativo tienen un origen muy anterior al mismo Derecho administrativo" (p. 4). Véase el análisis de esta postura en Alli Aranguren, Juan-Cruz, *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Civitas, Madrid, 2006, p. 94.

³⁹ Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 40.

⁴⁰ Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92.

Si es cierta la premisa de acuerdo con la cual allí donde hay Derecho hay sociedad (*ubi societas, ibi ius*)⁴¹, entonces, habría que concluir que allí donde hay comunidad política organizada hay, también, Administración Pública. De allí, por ejemplo, el creciente interés en estudiar el Derecho Administrativo dentro del Derecho Romano⁴². Esto además explica por qué, en tanto categoría histórica, la Administración Pública resulta del amalgamamiento de diversas fases históricas marcadas por signos de ruptura y continuidad. Así, la evolución del Estado forzaría a desechar ciertos medios de la acción administrativa, pero otros medios se mantendrán. La continuidad histórica de la Administración Pública es, en suma, una condición derivada de la propia existencia de la comunidad política: más allá de sus cambios, su propia existencia depende del hilo conductor de la acción administrativa⁴³.

Esta visión institucional permite comprender por qué las grandes transformaciones del Estado no aparejan la destrucción de la antigua Administración y el advenimiento de una Administración nueva. Otto Mayer reflejó esta idea al señalar que la Constitución pasa pero el Derecho Administrativo queda, esto es, que más allá de los profundos cambios del Estado, siempre hay elementos de continuidad en la Administración Pública⁴⁴. Este fue el principio que comprobó Tocqueville al observar cómo

⁴¹ Escribe Ricardo Rivero Ortega que, desde esta perspectiva, el Derecho Administrativo ha existido siempre. *Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 15

⁴² Entre muchos aspectos de interés, resaltamos aquí la impronta humanista que deriva del Derecho Romano. Se ha observado, con agudeza, que “*la opinión de que el derecho administrativo moderno nació solo en el siglo XIX, debido a la influencia ejercida por las ideas revolucionarias francesas, ha sido recientemente puesta en duda gracias también a las investigaciones de la romanística española, comprometida asiduamente en la reconstrucción histórico-dogmática de los institutos del derecho administrativo romano, a pesar de la conciencia de que los Romanos nunca concibieron un “ius administrativum”*”. Cfr.: Trisciuglio, Andrea, *Temas de Derecho Administrativo Romano Comparado*, Dykson, Madrid, 2021, p. 49.

⁴³ Muñoz Machado, Santiago, “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública* N° 84, Madrid, 1977, pp. 519 y ss. Más recientemente, vid. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas 1*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 73 y ss.

⁴⁴ La frase está contenida en el prólogo de la tercera edición de su *Derecho administrativo Alemán* de 1923. Véase la explicación a las condicionantes históricas dentro de las cuales Mayer dio esta frase en Gallego Anabitarte, Alfredo y Marcos Fernández, Ana de, *Derecho administrativo I. Materiales*, séptima reimpresión corregida, Madrid, 1995, pp. 13 y ss. Refiere Gallego que Mayer quiso describir la continuidad de las instituciones administrativas luego de la promulgación de la Constitución de Weimar, que basó la Jefatura Presidencial sobre las raíces de la monarquía. Es en este sentido que hemos entendido la frase de Mayer, y no como una referencia a la supuesta –e improbable– separación entre el Derecho administrativo y la Constitución.

la Administración Pública derivada de la Revolución Francesa preservó ciertas técnicas del Antiguo Régimen. Ni siquiera esa Revolución logró demoler a la Administración Pública⁴⁵.

De igual manera que la energía no se extingue sino que se transforma, la Administración Pública del Estado tampoco rompe completamente sus estructuras a pesar de los cambios políticos. Como observó Eduardo García de Enterría, la Administración Pública se caracteriza por su cercanía al poder político⁴⁶. En realidad, la persona solo se relaciona directamente con el Estado a través de la Administración Pública, lo que hace que las relaciones jurídico-administrativa resuman todas las tensiones del poder político del Estado. Es en la arena del Derecho Administrativo donde el Derecho Público -antes, Derecho Político- cobra vida: el Derecho Administrativo es, por ello, el Derecho Constitucional implementado, como entiende la doctrina alemana⁴⁷.

La esencia política de la Administración Pública como abstracción del Estado, es por ello independiente de cómo se organiza jurídicamente a la Administración Pública, lo que en suma dependerá del Derecho que cada sociedad crea en cada momento determinado. Esta observación fue empañada por la férrea división entre las familias del Derecho Civil y del Derecho Consuetudinario propuesta por René David⁴⁸, y por la peculiar y única formación del modelo de Derecho Administrativo derivado de la Revolución Francesa⁴⁹, modelo que en cierto modo se equiparó, sin más, al Derecho Administrativo de los modelos del Código Civil, esto es, los

⁴⁵ Alexis de Tocqueville (*El antiguo régimen y la Revolución*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 119 y ss.) puso en evidencia cómo la Revolución francesa preservó la estructura administrativa del Antiguo Régimen y, en especial, el centralismo, pudiendo incluso encontrarse, durante ese Régimen, claros indicios del establecimiento de un orden jurisdiccional especial para el control de esa Administración. La conclusión de Tocqueville es, en este sentido, bastante clara: “*el dominador cayó, pero quedó en pie lo más sustancial de su obra; una vez muerto su gobierno, su administración siguió viviendo*” (p. 287).

⁴⁶ García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 14

⁴⁷ Schmidt-Assmann, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos”, en Barnés, Javier (ed), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 52 y ss.

⁴⁸ David, Rene y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systemes de droit contemporains*, Précis Dalloz, Paris, 1992, pp. 1 y ss.

⁴⁹ García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

modelos basados en la centralidad de la Ley -el legiscentrismo- y el reconocimiento de privilegios y prerrogativas⁵⁰.

El Derecho Administrativo que emana de la Revolución Francesa ha sido caracterizado por dos expresiones, usualmente tratadas como sinónimos: *privilegios* y *prerrogativas*. La primera comprende a los poderes jurídicos de obrar que son privativos de la Administración Pública; la segunda define el régimen jurídico que protege a estos poderes. Por ejemplo, la autotutela administrativa es un privilegio, pues solo la Administración puede ejecutar forzosamente sus propias decisiones; la presunción de validez del acto es una prerrogativa, en tanto protege a la autotutela, incluso, mediando reparos al acto, en especial, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este régimen exorbitante fue resultado de lo que García de Enterría denominó, con notable acierto, la disidencia revolucionaria⁵¹.

La autotutela es, de esa manera, la marca del Derecho Administrativo Francés, cuyo origen -Prosper Weil- es milagroso, en el sentido que el Estado decidió controlar a su poder político más intrusivo, destacándose la labor creadora del Consejo de Estado⁵². Luego de la decisión Blanco, este modelo quedaría organizado en torno a la dualidad de jurisdicción de la Administración, lo que en palabras de Pierre Delvolvé, constituye una cuestión desesperante, ante la dualidad de jurisdicciones a la que se somete la Administración⁵³.

Este concepto exorbitante dio lugar al llamado régimen administrativo, cuya narrativa fue tan sugerente que llevó a su aplicación más allá de Francia y de la dualidad de jurisdicciones⁵⁴. Tan es así que esta difusión del régimen administrativo generó el malentendido de considerar que solo ciertos países tienen Derecho Administrativo. Para Maurice Hauriou⁵⁵, todo Estado moderno tiene Administración Pública, pero no todo Estado tiene Derecho Administrativo, entendido como régimen administrativo. Dicey, en sintonía con esa observación, comentó que en el

⁵⁰ Bignami, Francesca, "Comparative administrative law", en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 145 y ss.

⁵¹ García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, cit.

⁵² Weil, Prosper y Pauyaud, Dominique, *Le Droit administratif*, Puf, Paris, 2013, pp. 123 y ss.

⁵³ Delvolvé, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 82.

⁵⁴ Rose-Ackerman, Susan y Lindseth, Peter, "Comparative Administrative Law: an introduction", en *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, *Comparative Administrative Law* Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1 y ss.

⁵⁵ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Paris, 2002 (reimpresión de la edición de 1933), pp. 1 y ss.

Reino Unido no existía tal cosa como Derecho Administrativo⁵⁶. Este malentendido fue aclarado por Jezè, al observar que incluso en el Reino Unido hay Derecho Administrativo, aun cuando éste responde -como no podía ser de otra manera- a los moldes del Derecho Anglosajón, como derecho consuetudinario⁵⁷.

En efecto, más allá de la tradición cultural asociada a la formación histórica del Derecho centrado en la Ley -el modelo civilista de los Códigos- o del Derecho centrado en precedentes que derivan de los casos resueltos por las cortes -el modelo consuetudinario, o de derecho común- en todo Estado hay una Administración Pública que, vista las particularidades de la acción colectiva, debe sujetarse a reglas jurídicas especiales. La necesidad de la Administración Pública (y sus rasgos compartidos, más allá del modelo de Derecho de cada sistema jurídico) quedó especialmente en evidencia hacia fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, con las transformaciones del Estado impulsadas por la revolución industrial. John Maynard Keynes -del Reino Unido, paradójicamente- explicó cómo el dogma abstencionista del Estado había cedido hacia una mayor intervención estatal⁵⁸. Esta mayor intervención estatal era, en esencia, intervención administrativa.

En Estados Unidos -cuyo sistema ha sido ajeno al modelo civilista o legiscentrista- Goodnow observó, en una fecha tan temprana como 1893, que *“los grandes problemas del Derecho Público moderno son casi exclusivamente de carácter administrativo. Mientras que la era que ha pasado era de constitucionalidad, la era actual es de reforma administrativa”*⁵⁹. En ausencia de textos en inglés, Goodnow se avocó al estudio del Derecho Administrativo Comparado, para comprender mejor las transformaciones administrativas en Estados Unidos⁶⁰.

La división entre las familias civilistas y anglosajonas del Derecho opacó los signos comunes de esta transformación administrativa, y que se

⁵⁶ Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, novena edición, MacMillan and Col, Limited, Londres, 1952, pp. 328 y ss.

⁵⁷ Jezè, Gaston, *Principios generales del Derecho administrativo, Tomo I*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 1.

⁵⁸ Keynes, John, *The End of Laissez-faire*, C. Brown Reprint Library, Dubuque, 1970, p. 46.

⁵⁹ Goodnow, Frank J. *Comparative Administrative Law; an Analysis of the Administrative Systems, National and Local, of the United States, England, France and Germany. Volume I. Organization*, G. P. Putnam's sons, New York, 1893, pp. iii y ss.

⁶⁰ Goodnow reconoce que la expresión Derecho Administrativo era desconocida en Estados Unidos, lo que no podía negar la existencia de la Administración Pública (pp. 3 y ss.).

consolidó en el moderno Estado administrativo⁶¹. En Estados Unidos, Adrian Vermeule ha explicado que estas transformaciones, ya en movimiento hacia fines del siglo XIX, marcaron la reducción del ámbito del dominio del Poder Legislativo a favor de un mayor margen de actuación de la acción administrativa⁶². Fue precisamente la ampliación de la acción administrativa la que impulsó a Elihu Root a postular, en Estados Unidos, la necesidad de crear un marco jurídico especial para las agencias, o sea, las organizaciones administrativas que, dentro del Poder Ejecutivo, acumulaban cada vez mayores tareas⁶³.

Hay, incluso, un episodio poco conocido en el ámbito de Hispanoamérica. La creciente organización administrativa llevó a postular la necesidad de llevar, a Estados Unidos, el modelo del Derecho Administrativo de Alemania, basado en cortes administrativas especiales, al entenderse que esta especialidad favorecería la conformación de un cuerpo jurídico especial. Como Daniel Ernst ha estudiado⁶⁴, Ernst Freund asumió esta idea, con el propósito de acotar la discrecionalidad de la Administración, en especial, por medio de principios generales aplicados en el marco del control judicial a través de cortes administrativas. Las “cortes administrativas” serían, así, cortes ubicadas dentro del Poder Judicial, pero con competencia solo para resolver disputas jurídico-administrativas. La creación de estas cortes especializadas, para Freund, permitiría la consolidación de una línea jurisprudencial igualmente especializada en torno a principios diseñados para las particularidades de las relaciones jurídico-administrativas, un objetivo que no podía lograrse en la medida en

⁶¹ Dwight, Waldo, *The administrative state. A study of the political theory of American public Administration*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2007, pp. 65 y ss.

⁶² Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, pp. 24 y ss.

⁶³ Hay un cambio inevitable -escribió Root- derivado del advenimiento de un cuerpo de Derecho Administrativo, el cual ha modificado el modelo tradicional de cumplimiento de la Ley a través de los tribunales. El creciente cúmulo de tareas del Estado solo pueden ser atendidas mediante la delegación de funciones en empleados administrativos, todo lo cual requiere desarrollar un sistema de Derecho Administrativo, todavía incipiente. Vid.: Lodge, Henry Cabot, y Elihu Root, *Public Service by the Bar. Address Delivered before the Annual Meeting of the American Bar Association Held in Chicago, Ill., on May 30, 1916, by Hon. Elihu Root. Presented by Mr. Lodge. May 29, 1917. -- Referred to the Committee on Printing. Vol. no. 43, 1917, Washington, DC., pp. 11 y ss. Véase el análisis de la posición de Root en Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise*, Fifth Edition, Volumen I, Wolters Kluwer, 2010, pp. 13 y ss.*

⁶⁴ Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 19 y ss.

que esas relaciones quedasen sometidas al control de las cortes ordinarias en aplicación del Derecho Común⁶⁵.

La propuesta no avanzó, lo que llevó a que el incipiente Estado administrativo quedase sometido al control judicial de las cortes ordinarias, a través de las pretensiones ordinarias o procesales. Esto no impidió, en todo caso, reconocer la especialidad del fenómeno administrativo subyacente tras la apariencia de derecho común. De esa manera, Felix Frankfurter se propuso estudiar sistemáticamente el Derecho Administrativo, pero sin proponer un cambio en el sistema del derecho común, y en concreto, sin proponer remedios judiciales especiales. En su opinión, el sistema político de Estados Unidos permitiría crear controles sobre las agencias más allá de la revisión judicial⁶⁶. No es de extrañar que, en el Reino Unido, Dicey decidiera finalmente dedicarse a estudiar el Derecho Administrativo⁶⁷.

⁶⁵ Ya en 1911 Ernst observaba que la rama del Derecho Público dedicada al estudio de los departamentos administrativos del Gobierno había recibido poca atención en Inglaterra y Estados Unidos. En relación con Estados Unidos, se indicó que el Derecho Constitucional cubría ese estudio, aun cuando lo cierto es que cada vez más las Leyes administrativas tenían mayor importancia (Freund, Ernst, "The Law of the Administration in America", en *Political Science Quarterly* N° IX- 3, Universidad de Chicago, 1894, pp. 0_002 y ss.). Algunos años después el autor comenzó a abordar sistemáticamente el estudio del Derecho Administrativo, con el propósito de fijar reglas y principios para resolver conflictos entre los poderes administrativos y los derechos individuales. Estas reglas y principios debían diferenciarse de aquellos que aplican a relaciones entre iguales, un objetivo que en Europa se había facilitado por el surgimiento de cortes administrativas especializadas, en contraposición al modelo del *Common Law* (Freund, Ernst, *Cases on Administrative Law*, West Publishing Company, St. Paul, 1911, pp. 1-3). Para sistematizar el estudio de esas Leyes administrativas, Freund propuso seguir la sistemática del Derecho Administrativo en Alemania, a los fines de implementar un conjunto de principios tendentes a controlar el poder administrativo, más concretos que aquellos que derivan del Derecho Constitucional, en especial, en cuanto a los poderes discrecionales, o sea, aquellos que no se limitan a la subsunción de hechos en la Ley (*Administrative Powers over persons and property. A comparative Survey*, The University of Chicago Press, Chicago, 1928, pp. 71 y ss.). A pesar de la existencia de Leyes especiales que confieren tal discrecionalidad, no existían en Estados Unidos remedios judiciales especiales, a diferencia del Derecho Europeo continental y, en especial, el Derecho de Alemania, estudiado a través de la obra de Mayer (pp. 229 y ss.).

⁶⁶ Cfr.: Frankfurter, Felix, "The Task of Administrative Law", en *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 75, N° 7, 1927, pp. 614 y ss. Esta aproximación también está presente en Frankfurter, Felix, y J. Forrester Davison, *Cases and Other Materials on Administrative Law*, Commerce Clearing House, Inc., Looseleaf Service Division of the Corporation Trust Company, 1928, pp. 3 y ss. La necesidad de estudiar el Derecho Administrativo ante el surgimiento de las agencias, se hizo desde el modelo del *Common Law*, sin necesidad de apelar al modelo europeo continental, como Freund observó al escribir una reseña de esa obra (*Harvard Law Review* N° 46, 1932, pp. 167 y ss.).

⁶⁷ "Development of Administrative Law in England" en *Law Quarterly Review* N° 31, 1915, pp. 148 y ss.

II. LA CONVERGENCIA DE LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL SIGLO XXI Y LA VUELTA A LA TRADICIÓN LEGAL CLÁSICA DEL IUS ADMINISTRATIVUM

El Estado administrativo que se consolida en el siglo XX trascendió las fronteras -más convencionales que reales- entre el derecho civilista y anglosajón. Sabino Cassese, por ejemplo, ha promovido el estudio comparado del Estado administrativo en Europa⁶⁸. Quizás la tradición germano-románica de la Europa Continental facilitó el encuadramiento conceptual del Estado administrativo en un sistema más robusto de Derecho Público. Fue León Duguit el que logró capturar, con mayor claridad, el impacto de este cambio, al observar que el fundamento del Estado ya no era la soberanía sino la solidaridad, esto es, la satisfacción de necesidades de interés general⁶⁹. Como resultado de ello, el modelo del orden público negativo del Código Civil Napoleónico debía ceder hacia una mayor penetración del Derecho Público, anclado en la idea del servicio público⁷⁰.

En Alemania, esta transformación daría lugar a la propuesta de Forsthoff sobre la procura existencial, esto es, los cometidos estatales orientados a garantizar la satisfacción de necesidades que la persona, con su acción individual, no puede atender adecuadamente⁷¹. El Estado administrativo no es solo aquél que limita la acción individual a través de la

⁶⁸ Cassese, Sabino, "The Administrative State in Europe", en Cassese, Sabino *et al.*, (ed), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume I: The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57 y ss

⁶⁹ Duguit, León, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Fontemoing & Cie, Editeurs, Paris, 1911, pp. 1 y ss.). Este es el tema específicamente abordado en las recopilaciones de lecciones de Duguit recogidas en *Soberanía y Libertad* (Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1924). Para el autor "la libertad no es un derecho, es un deber". Como el hombre vive en sociedad, su conducta individual debe orientarse a sostener las condiciones de la estructura social, y de allí la *libertad solidarista* de la que habla Duguit. Esto daría lugar a un nuevo sistema jurídico, no basado en el *derecho subjetivo* (de raigambre individualista) sino en la *función social*.

⁷⁰ De allí que su propuesta será conocida como la escuela realista, en el sentido que lo que predomina no son los derechos subjetivos sino la dimensión objetiva -o real- conformada por la idea de servicio público. De especial interés es la obra de Duguit es *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, publicado en 1912 luego de las conferencias pronunciadas en Argentina el año anterior. En 1913 Duguit publicó *Les transformations du droit public*, que sigue la línea de pensamiento de su obra anterior. Este pensamiento ha tenido profundo impacto en el Derecho Administrativo de Iberoamérica, en especial, con sus traducciones: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, segunda edición corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920, pp. 17 y ss., y *Las transformaciones del Derecho público*, Francisco Beltrán, Madrid, 1926, pp. 94 y ss.

⁷¹ Forsthoff, Ernst, *Sociedad industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 89 y ss.

actividad de policía basada en el orden público, sino además -y tanto más- el Estado prestacional, esto es, aquél que asegura -incluso materialmente- la satisfacción de necesidades esenciales. Como Luciano Parejo Alfonso ha explicado, el concepto de Derecho Administrativo se amplió como consecuencia de todas estas transformaciones, al ser necesario organizar, jurídicamente, los nuevos cometidos que la Administración fue acumulando⁷². El resultado fue la concepción servicial de la Administración Pública, estudiada especialmente en Alemania⁷³ a resultas de la impronta de la cláusula del Estado Social⁷⁴.

Esta transformación en Francia y más allá, en el Derecho Administrativo Iberoamericano, favoreció a la concepción del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho Común, que descansa en la idea -ya comentada- de los privilegios y prerrogativas⁷⁵. En todo caso, y debido a la creación milagrosa del Derecho Administrativo, como explicó Jean Rivero, estos privilegios y prerrogativas actúan a favor de la Administración -en más- pero también en contra de la Administración -en menos- en virtud del principio de legalidad: mientras que en el ámbito civil todo lo que no está prohibido es lícito, en el ámbito administrativo, solo las acciones habilitadas por la Ley son lícitas⁷⁶.

La autonomía del Derecho Administrativo, como Derecho exorbitante, es en todo caso una idea bastante confusa. En realidad, como la doctrina francesa observó, la pretendida autonomía del Derecho Administrativo fue un dogma falso⁷⁷. Siguiendo a Sebastián Martín-Retortillo Baquer, podemos señalar que importantes instituciones civilistas se encuentran en los orígenes

⁷² *El concepto del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 181 y ss.

⁷³ Wolff, Hans; Bachof, Otto y Stober, Rolf, *Direito Administrativo*, Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Porto, 2006, pp. 38 y ss.

⁷⁴ Parejo Alfonso, Luciano, "El Estado social y la Administración Prestacional", *Revista Vasca de Administración Pública número 57*, Guipúzcoa, 2000, pp. 17 y ss.

⁷⁵ El Derecho Administrativo se define no solo como una rama del Derecho Público, sino además, como un cuerpo jurídico que sale de la órbita del Derecho Civil, en tanto éste regula relaciones entre iguales, mientras que el Derecho Administrativo descansa en los privilegios y prerrogativas de la Administración, siempre, con sometimiento pleno al principio de legalidad. Cfr.: Araujo-Juárez, José, *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado. Volumen I. Fundamentos, Fuentes del Derecho*, CIDEP, Caracas, 2024, pp. 93 y ss.

⁷⁶ Rivero, Jean, ¿Existe un criterio de Derecho administrativo?, en *Páginas de Derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, pp. 33 y ss.

⁷⁷ Eisenmann, Charles, "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Tomo IV, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 419 y ss.

del Derecho Administrativo⁷⁸. De otro lado, la narrativa de los privilegios y prerrogativas calzaba muy bien en la Administración policial del acto administrativo formada durante el siglo XIX, pero no así en la Administración prestacional que emerge en el siglo XX. Aquí, sin embargo, el concepto de servicio público se proyectó de manera especial sobre el Derecho Administrativo, definido incluso como el Derecho de los servicios públicos, al entenderse que éstos quedan sometidos a un régimen exorbitante⁷⁹.

En especial, en América Latina, la idea del servicio público cobró especial realce, en la formación doctrinal del Derecho Administrativo durante el siglo XX⁸⁰. El Derecho Civil se reservó a los casos de la Administración Pública actuando como un particular⁸¹, lo que encontró su mejor expresión en la tesis del contrato administrativo y sus cláusulas exorbitantes⁸², como poderes unilaterales y extracontractuales⁸³. Esa visión fue resumida por Escola al explicar cómo el interés público es el fundamento del Derecho Administrativo. El interés público o interés general justifica el régimen exorbitante y la primacía de la potestad a la persona, aquí degradada al rol de administrado⁸⁴. Esta visión, como luego ampliamos, es cuestionada en un movimiento que interpretamos como la vuelta a los fundamentos humanistas del Derecho Administrativo.

En todo caso, la fuerza del Derecho exorbitante ha sido tal que se ha llegado a afirmar que el origen histórico del Derecho Administrativo es la Revolución Francesa⁸⁵. Lo que surgió en la Revolución Francesa fue un especial modelo de Derecho Administrativo, caracterizado por la dualidad

⁷⁸ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 47 y ss.

⁷⁹ Jezè, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo*, Tomo II-1, cit., pp. 4 y ss.

⁸⁰ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1955, pp. 199 y ss.

⁸¹ Marienfoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 41.

⁸² Farías Mata, Luis Henrique, "La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, pp. 935 y ss.

⁸³ Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 322 y ss.

⁸⁴ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I. Parte General, primera edición, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1977, p. 405. Véase del autor, en especial, *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 33 y ss.

⁸⁵ Peña Solís, José, *Manual de Derecho administrativo*. Volumen Primero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 121 y ss. Véase la nueva edición actualizada por Nélida Peña, CIDEP, Caracas, 2021, pp. 65 y ss.

de jurisdicciones a la cuales se somete la Administración Pública, ante la decisión -política, primero, legal, después- de excluir a la Administración de los tribunales. Esto ha dado lugar a la cuestión desesperante antes mencionada, en tanto hay en esta visión dos parcelas divididas de la actividad administrativa: una sometida a Derecho Privado, otra a Derecho Público.

Lo peculiar de la trasposición de este modelo francés de la dualidad de jurisdicciones al ámbito de América Latina, es que aquí no existe, como regla, dualidad de jurisdicción, todo lo cual hace que el esfuerzo de diferenciar uno y otro tipo de actividad -el contrato administrativo y el contrato de la administración- resulta inútil: siempre la actividad e inactividad administrativa se somete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero a pesar de este dato, lo cierto es que la fuerza del régimen administrativo se proyectó al punto que trazó una frontera que, además de confusa, es imaginaria. Esto es, la frontera de la Administración Pública que según los fines perseguidos, se somete o no a Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Incluso en el Reino Unido, como el propio Dicey advirtió, la idea de la Administración Pública que no actúa como *potentior personae* quedó muy atrás⁸⁶. De hecho, se debe a la doctrina inglesa -Wade- uno de los más difundidos conceptos de Derecho Administrativo, como el cuerpo jurídico que, desde el Derecho Constitucional, se orienta a prevenir el abuso del poder administrativo, como un poder esencialmente político⁸⁷. Debemos destacar lo obvio: si existe la necesidad del Derecho Administrativo, es por cuanto hay un poder administrativo que controlar. En Estados Unidos, por ello, Richard Stewart observó que las transformaciones impulsadas por el *New Deal* derivaron en la proliferación de leyes administrativas especiales -estatutos- que empoderaron a la Administración Pública, a través de las agencias, a actuar de manera unilateral por medio de actos de imperio, desde reglamentos (*rulemaking*) hasta decisiones en casos individuales (*adjudication*)⁸⁸. Por ello, también en Estados Unidos -Schwartz- se concluye

⁸⁶ "Development of Administrative Law in England", cit.

⁸⁷ Wade, William, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 4.

⁸⁸ Stewart, Richard, "Administrative law in the Twenty-First Century", en *New York University Law Review*, Volúmen 79, Número 2, 2003, pp. 437 y ss.

que el Derecho Administrativo previene la arbitrariedad del poder administrativo⁸⁹.

Mientras que en Estados Unidos el estudio del Derecho Administrativo se plasmó en los casos, precedentes y estatutos, en Iberoamérica, la mayor penetración del pensamiento jurídico clásico facilitó el estudio sistemático del Derecho Administrativo, en especial, como parte del Derecho Público y, más allá, del Derecho Constitucional⁹⁰. Del sesgo autocrático del Derecho Administrativo del Estado Liberal, se pasó a la visión constitucional del Derecho Administrativo, o como señala Luis Arroyo Jiménez, la administrativización del Derecho Administrativo evolucionó hacia su constitucionalización⁹¹.

La constitucionalización del Derecho Administrativo no es, por supuesto, el estudio de las bases de la Administración Pública en la Constitución, sino el pensamiento jurídico que concibe al Derecho Administrativo desde la centralidad de la persona y su dignidad humana⁹². De allí que, en el Derecho Administrativo de América Latina, esta constitucionalización es, en realidad, parte de la centralidad de los derechos humanos reconocidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De allí la importancia de la Convención Americana y la convencionalidad como fuente primera de los principios y valores del Derecho Administrativo, como ha estudiado Jaime Orlando Santofimio Gamboa⁹³.

Más recientemente, la centralidad de la persona y su dignidad humana ha fundamentado la difusión de un principio emergente del Derecho Público Iberoamericano, como es la buena administración, impulsado con fuerza

⁸⁹ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little Brown, Boston, 1991, p. 1.

⁹⁰ Aquí se ha apreciado la especial influencia del pensamiento de Schmidt-Assmann, Eberhard, en *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 15 y ss. Más recientemente, vid. *La dogmática del Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, pp. 5 y ss. La dogmática es considerada como una tarea comunitaria y compartida entre la práctica del Derecho Administrativo y las Ciencias Jurídicas, todo lo cual facilita no solo el estudio sistemático del Derecho Administrativo -en su parte general y especial- junto con el Derecho Constitucional, sino además, la revisión de las categorías jurídicas de acuerdo con su aplicación cotidiana, a los fines de su adaptación a los cambios sociales y económicos.

⁹¹ Arroyo Jiménez, Luis, "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo", Rodríguez de Santiago, José María et al., *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 561 y ss.

⁹² No exageramos al señalar que la constitucionalización del Derecho Administrativo es, por sobre todo, la primacía de la dignidad humana. Vid.: Carvajal, Bernardo, *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pp. 150 y ss.

⁹³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia-Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023, pp. 262.

desde el Derecho Europeo⁹⁴, y recibido ampliamente en América Latina⁹⁵. Lo distintivo de la buena administración no son los principios que de ella se derivan -en ocasiones, enumerados en una larga y ambiciosa lista- sino el paradigma del cual parte⁹⁶. Tal y como Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ha resumido, ese paradigma no es otro que pasar de un Derecho Administrativo centrado en el poder, a uno centrado en la persona⁹⁷. En la práctica, esto supone, por un lado, realzar y proteger el carácter vicarial de la Administración Pública como una organización puesta al servicio de las personas. Por el otro, este cambio de paradigma pasa por introducir un elemento cualitativo en la valoración de la actividad administrativa: ante el cúmulo de tareas que la Administración Pública tiene a su cargo, es insuficiente postular solo el control de legalidad, pues lo cierto es que incluso dentro de la Ley, la actividad administrativa puede ser ineficiente. Esta valoración cualitativa, incluso, ha sido ampliamente estudiada desde el Derecho de Estados Unidos a través del análisis costo-beneficio⁹⁸.

La buena administración entronca con los fundamentos humanistas del Derecho Público en América Latina y tanto más, de Hispano-América. Aludir al bien común en lugar del interés público genera importantes consecuencias, pues ello implica pasar del *administrado* sujeto al poder administrativo, a la *persona* como sujeto que cuenta con una dignidad que antecede y se antepone al Estado. Hay, en la literatura de mediados de siglo, un lenguaje que colocó el énfasis en el poder administrativo y la subordinación del administrado, todo lo cual llevó a un Derecho Administrativo autoritativo, o sea, las instituciones que se justifican por y para el poder. La constitucionalización del Derecho Administrativo y en

⁹⁴ Meilán Gil, José Luis, "El paradigma de la buena administración", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, Número 17, 2013, pp. 239 y ss.

⁹⁵ Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, "Introducción general sobre la buena administración en Iberoamérica", en Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime y Hernández G., José Ignacio (ed), *Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 25 y ss.

⁹⁶ Durán Martínez, Augusto, "La buena administración", *Estudios de Derecho Administrativo N° 1*, La Ley, 2010, pp. 109 y ss.

⁹⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Revista de Derecho Público N° 113*, Caracas, 2008, pp. 31 y ss.

⁹⁸ Jackson, Vicki y Dawood, Yasmin, "Constitutionalism and Effective Government. Rights, Institutions and Values", en Jackson, Vicki y Dawood, Yasmin (ed), *Constitutionalism and a Right to Effective Government?* Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 3 y ss.

concreto, la primacía de la Convención, suponen una vuelta al *ius administrativum* humanista.

En el siglo XXI, el cúmulo de tareas del Estado administrativo y los riesgos globales -como la pandemia, el cambio climático y la inteligencia artificial- han exacerbado las tensiones entre el poder administrativo y la libertad. Estas tensiones están especialmente presentes en el Derecho Administrativo de Estados Unidos, pues sus precarias bases constitucionales escritas, plantean un problema de interpretación constitucional que la Corte Suprema, en especial desde el 2023, parece zanjar a favor de la interpretación original de la separación de poderes que hace recaer el proceso de toma de decisiones en el Poder Legislativo⁹⁹.

Esta crisis constitucional del Derecho Administrativo en Estados Unidos coloca de relieve que, en la práctica, existe un poder administrativo que lleva a cabo actividades que reflejan la idea de los privilegios y prerrogativas. No obstante, debido a la ausencia de un sistema racional de Derecho Administrativo y la precariedad de las bases constitucionales de esta disciplina, se ha desatado una feroz crítica al Estado administrativo, que va desde cuestionar su racionalidad¹⁰⁰ hasta negar su constitucionalidad¹⁰¹. Ello, a pesar de que la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1946, sistematizó el régimen jurídico de las agencias, no solo en cuanto al procedimiento administrativo sino también, en cuanto a su control judicial. Aquí, sin embargo, el problema sin resolver del margen de deferencia que las agencias pueden tener frente al control judicial ha realzado las críticas al moderno Estado administrativo, o sea, aquél que emerge tras el *New Deal*¹⁰².

Sunstein y Vermeule, frente a esta realidad, han propuesto un término medio entre la supresión del moderno Estado administrativo y la imprecisa situación actual, a través de la sistematización de lo que ellos llaman los principios de la moralidad del Derecho Administrativo¹⁰³, en referencia a la

⁹⁹ Tamir, Oren, "Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 62, Forthcoming, tomado de: <https://ssrn.com/abstract=4422714>.

¹⁰⁰ Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2020, pp. 9-32

¹⁰¹ Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, Chicago, 2014, pp. 377 y ss.

¹⁰² Lawson, Gary S., "The Rise and Rise of the Administrative State", en *Harvard Law Review* N° 107, 1994, pp. 1231 y ss.

¹⁰³ *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, pp. 8 y ss.

obra de Fuller sobre la moralidad interna del Derecho¹⁰⁴. Esta moralidad interna alude a principios generales que se orientan a asegurar la racionalidad del ordenamiento jurídico, y por ende, su eficacia, como por ejemplo, la prohibición de decisiones retroactivas. En realidad, estos principios de la moralidad no son otra cosa que los principios generales del Derecho, en su momento sistematizados por el Consejo de Estado en Francia¹⁰⁵ y que, hoy día, representan una fuente principal del Derecho Administrativo en Iberoamérica¹⁰⁶, especialmente, impulsados por el pensamiento de Eduardo García de Enterría¹⁰⁷.

En la filosofía del Derecho, la distinción entre las reglas y los principios está influenciada por el pensamiento de Dworkin, quien reconoce que las relaciones sociales no siempre pueden encerrarse en el binomio validez-invalidez de las reglas, sino más bien admite que las relaciones sociales pueden desenvolverse en diversos sentidos, pero siempre en una dirección¹⁰⁸. Los principios son esenciales al Derecho -ellos son un componente fundamental del Código Civil- pero son tanto más necesarios para ordenar racionalmente a la acción colectiva. Por ello los principios generales son una de las fuentes más importantes del Derecho Administrativo, en tanto ellos fijan la dirección hacia la cual debe orientarse la acción colectiva, comenzando por el principio general de la interdicción de la arbitrariedad¹⁰⁹. Estos principios se determinan (*determinatio*) del

¹⁰⁴ Fuller, Leon. *The morality of Law. Revised edition*, Yale University Press, New Haven, 1964, pp. 33 y ss. Para la traducción al español, vid. *La moral del Derecho*, Editorial Olejnk, Chile, 2019. Véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio “La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina”, en *Revista de Administración Pública* N° 215, Madrid, 2021, pp. 289 y ss.

¹⁰⁵ Rivero, Jean, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo contemporáneo francés”, en *Revista de Administración Pública* N° 6, Madrid, 1951, pp. 289 y ss.

¹⁰⁶ Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo. Volumen I*, Montevideo, 2020, p. 130. Del autor, en similar sentido, vid. “Fuentes del Derecho Administrativo”, en Rodríguez-Arana, Jaime, y Rodríguez, Libardo (directores), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Comares-INAP, Granada, 2015, pp. 125 y ss.

¹⁰⁷ “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública* número 40, Madrid, 1963, p. 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2016). Sobre la influencia de este pensamiento, vid. Rodríguez, Libardo, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en Brewer-Carías, Allan, et al., *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Temis. Bogotá, 2014, pp. 37 y ss.

¹⁰⁸ Dworkin, Ronald, *Taking Rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, pp. 26 y ss.

¹⁰⁹ Véase, como referencia general, a Santamaría Pastor, Juan Alfonso (ed), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010. En especial, en esa obra, véase a M. Sánchez Morón, “Legalidad y sometimiento la Ley y al Derecho” (pp. 55 y ss.). Asimismo, vid. Cassagne, Juan Carlos,

ordenamiento jurídico, por el método inductivo, de forma tal que a pesar de los cambios del Derecho Positivo, los principios generales ayudan a preservar la estabilidad del propio ordenamiento jurídico-administrativo¹¹⁰.

Estos principios generales, retomando a Aristóteles, son inherentes a la gestión concreta de los asuntos propios de la comunidad política¹¹¹. Si la persona es inherente a la comunidad -la persona solo puede realizar su dignidad a través de la comunidad- entonces, cabría afirmar que estos principios generales son también inherentes a toda comunidad. Especialmente en la América Española, esta observación ha llevado a realzar la fundamentación *ius naturalista* de los principios generales, así como a enfatizar que el bien común es la justificación de la autoridad administrativa propia de toda comunidad¹¹². Por ello, y a pesar de sus diferencias, el Derecho Administrativo en Estados Unidos y en Iberoamérica se enfrentan, en pleno siglo XXI, a problemas de similar entidad, relacionados con la actividad administrativa necesaria para elevar la eficiencia de la acción colectiva. De allí los principios generales comunes, como la interdicción de la arbitrariedad.

El primero de esos principios compartidos es la interdicción de la arbitrariedad. Aquí, la expansión del Estado administrativo ha llevado a tensiones no resueltas, pues lo cierto es que, a mayor poder administrativo, mayor riesgo a la libertad general. Este riesgo es más elevado en el régimen administrativo, en tanto la idea de privilegios y prerrogativas deriva en instituciones que tienden a fortalecer el poder administrativo, como la autotutela y la presunción de legitimidad del acto. Este Derecho

Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), Madrid, Reus, 2016, pp. 33 y ss.

¹¹⁰ Esta es la *determinatio* a la cual se refirió Santo Tomás en I-II q. 95, a.2

¹¹¹ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, "El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común", en Ruocco, Gabriela y Vásquez, Cristina (ed.), *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, pp. 165 y ss.

¹¹² Entre otros, vid. Cassagne, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal", en *El Derecho* N° 15.191, Buenos Aires, 2021, pp. 1 y ss.; Coviello, Pedro J. J., "Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 22 y ss.; Delpiazzo, Carlos, "Bien común, sociedad y Estado", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 11, Uruguay, 2012, pp. 83 y ss., y Durán Martínez, Augusto, "El Derecho Administrativo al servicio de la casa común", en Durán Martínez, Augusto (coordinador), *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común*, Ediciones Información Jurídica, Montevideo, 2017, pp. 42 y ss.

Administrativo autoritativo, como observó Hayek, puede derivar en coacciones arbitrarias¹¹³, en especial, desde técnicas como la planificación, que pueden degenerar en mecanismos colectivos de dominación¹¹⁴. Esta crítica no niega la necesidad de la acción colectiva¹¹⁵, pero sí recuerda los riesgos de instituciones pensadas desde el poder administrativo. Pues como recuerda Santamaria Pastor¹¹⁶:

“El poder, aunque se disfrace de benéfico prestador de servicios públicos o de protección a los ciudadanos, es autoridad pura y dura, y el derecho administrativo participa de esta naturaleza”.

Pero sin poder administrativo, la libertad general estaría también riesgo. Por ello, una vez superada la visión cuantitativa del Estado derivada del Consenso de Washington, hay una preocupación cada vez más creciente por realzar la calidad de la acción administrativa para elevar la eficiencia de la acción colectiva¹¹⁷. La arbitrariedad de la actividad administrativa no solo se determina, entonces, por su abuso sino también por su ausencia, en especial, aquella derivada de fallas en la capacidad institucional que afectan adversamente su alcance.

La fragilidad es especialmente evidente frente a la atención de riesgos globales, o sea, aquellos que van allende las fronteras del Estado. Aquí entra en juego la globalización del Derecho Administrativo, un tema en que se ha apreciado, con especial intensidad, el diálogo entre diversas “familias” de Derecho Administrativo¹¹⁸. El impacto de la globalización o mundialización

¹¹³ Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty, Volume I. Rules and Order*, Routledge, Londres, 1998, pp. 137 y ss.

¹¹⁴ Von Mises, Ludwig, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1995, pp. 37-38.

¹¹⁵ Incluso desde el pensamiento liberal sea reconocido que hay necesidades que solo pueden satisfacerse a través de la acción colectiva. Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 1998, pp. 347 y 350

¹¹⁶ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *El poder, la libertad, la Administración y su derecho*, Discurso de recepción a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2022, p. 132

¹¹⁷ Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*, Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss.

¹¹⁸ Fue la doctrina de Estados Unidos la primera en llamar la atención sobre el impacto de la globalización en el Derecho Administrativo. Cfr.: Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, pp. 131 y ss. La Universidad de Nueva York mantuvo una intensa línea de investigación. Cfr.: Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., “The emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, *Duke University*, pp. 15 y ss. A partir de allí, el estudio del Derecho Administrativo Global se ha difundido en la Europa Continental. Cfr.: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El derecho administrativo global: un derecho principal”, en *Revista de Derecho*

del Derecho¹¹⁹, sin duda, ha estado influenciado por la globalización económica, especialmente, apreciada a fines del siglo pasado en el contexto de las políticas de liberalización¹²⁰. La otra gran fuerza motora ha sido la universalización de los derechos humanos¹²¹, lo que ha llevado al estudio del Derecho Constitucional Global¹²².

Para poder comprender mejor el impacto práctico del llamado Derecho Administrativo Global¹²³, es preciso ampliar su estudio, desde los organismos internacionales considerados como administraciones públicas globales, hacia el impacto que tiene, en la actividad administrativa, los principios generales sistematizados por instancias internacionales¹²⁴. Estos principios, a veces tratados como estándares, suelen equipararse con el llamado derecho flexible o *soft law*¹²⁵. Esta es una expresión bastante confusa. Por un lado, lo cierto es que estos estándares, aun no siendo coactivos, influyen directamente en la actividad administrativa, en especial, cuando las Administraciones Públicas actúan en redes globales que aprueban lineamientos o guías que, posteriormente, permean al ordenamiento jurídico

Público N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss. En especial, vid. Cassese, Sabino, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021. En América Latina, puede verse, entre otros, a Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss.

¹¹⁹ La mundialización del Derecho refleja, quizás mejor que la expresión globalización, la expansión del ámbito territorial del Derecho, más allá del Estado. Vid.: Auby, Jean-Bernard, "Globalización y descentralización", en *Revista de Administración Pública* N° 156, Madrid, 2001, pp. 7 y ss.

¹²⁰ Rodrik, Dany, *The globalization paradox: Democracy and the future of the world economy*, W. W. Norton &., Nueva York, 2011, pp. 207 y ss. La globalización económica se orienta a la gradual integración de los mercados, todo lo cual supone la integración de las instituciones jurídicas. Por ello, en sus inicios, el impacto de la globalización fue mayor en el Derecho Mercantil Internacional. Pero en la era del Estado administrativo, era inevitable la mundialización de las instituciones jurídico-administrativas.

¹²¹ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 29 y ss.

¹²² Uno de los componentes de la globalización del Derecho Constitucional es, precisamente, la vigencia universal de los derechos humanos. Cfr.: Goldoni, Marco, "Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law", en *Global Constitutionalism* 8, no. 1, 2019, pp. 71 y ss.,

¹²³ Suárez Mejía, Jorge Luis, *Globalización jurídica, Derecho Administrativo Global y Administración Pública. El caso Colombia*, CIDEP, Caracas, 2022, pp. 23 y ss. Véase también a Vivas, Jessica y Sira, Gabriel (ed), *El Derecho Administrativo Comparado y el Derecho Administrativo Global. Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo*, AVEDA, Caracas, 2022.

¹²⁴ Como se ha observado, "en la actualidad, el Derecho tiende a emanciparse de manera creciente de las estructuras estatales como consecuencia de su apertura a la globalización y a las transformaciones que ésta produce". Cfr.: Arroyo Jiménez, Luis, et al., "Presentación", en *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, p. 13.

¹²⁵ Por ejemplo, vid. Savino, Mario, "Global Administrative Law meets "soft" powers: The uncomfortable case of INTERPOL Red notices", en *International Law And Politics* N° 43, 2011, pp. 243 y ss.

doméstico¹²⁶. Pero hay también decisiones adoptadas desde el espacio global que, al menos en teoría, son vinculantes, como es el caso de las decisiones que resuelven disputas entre el Estado y el inversor en el marco del Derecho Internacional de Inversiones¹²⁷. De todo ello resulta que, en el siglo XXI, la Administración Pública se somete no solo al ordenamiento jurídico doméstico, sino también al ordenamiento jurídico derivado de tratados y, más allá, al ordenamiento jurídico -más heterogéneo y frágil- que deriva de principios generales usualmente considerados como estándares internacionales¹²⁸. En el fondo, esta transformación no es otra cosa que la incidencia, en el ámbito administrativo, del cambio que está quedando en evidencia en el siglo XXI: el Estado, como poder político único y unitario, no es ya el único centro autárquico de poder¹²⁹. No es de extrañar que esta pérdida de autarquía esté teniendo un efecto tan importante en el Derecho Administrativo¹³⁰.

El resultado de lo anterior ha sido la difusión de instituciones jurídico-administrativas en el Derecho Administrativo Comparado¹³¹. Quizás la institución que mejor refleja esa difusión es la regulación. De un concepto cardinal en el Derecho Administrativo de Estados Unidos¹³², pasó a

¹²⁶ Tal y como observó Slaughter, Anne-Marie, "Governing the Global Economy through Government Networks", en *The Role of Law in International Politics*, Oxford, 2001, pp. 177 y ss.,

¹²⁷ Nuestra posición, en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016. También, véase lo que exponemos en "El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones", *Entre Tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 239 y ss.

¹²⁸ En nuestra opinión, es preciso diferenciar entre el Derecho Doméstico, Internacional y Global. Los dos primeros son Derechos producidos por el Estado, en ejercicio de su soberanía doméstica o mediante tratados, que son acuerdos entre Estados. Pero el Derecho Global abarca a fuentes que no son estatales, o sea, no derivan directamente de la voluntad del Estado sino de organismos de muy variada naturaleza y que cuentan con ámbitos de autarquía y autonomía. Aquí se incluyen desde redes de organismos públicos hasta tribunales internacionales que resuelven disputas jurídico-administrativas. Cfr.: Ortega Carcelén, Martín, *Derecho global. Derecho internacional público en la era global*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 21 y ss.

¹²⁹ Kissinger, Henry, *World Order*, Penguin, Nueva York, 2014, p. 26.

¹³⁰ Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 y ss.

¹³¹ D'Alberty, Marco, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 22 y ss., y Napolitano, Giulio, *Introduzione al diritto Amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 17 y ss.

¹³² Breyer, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, pp. 341, y Schwartz, Bernard, *The economic regulation of business and industry, Volume I*, Nueva York, Chelsea House Publishers, 1973, pp. 17 y ss.

difundirse en el Derecho Europeo¹³³ y en especial, en América Latina¹³⁴. Esta difusión ha traspasado al ámbito del ordenamiento jurídico positivo, como lo reflejan las Leyes de mejora regulatoria impulsadas especialmente en América Latina¹³⁵, y que en suma, parten de preceptos muy arraigados en el Derecho Administrativo de Estados Unidos, como el análisis costo-beneficio¹³⁶. En este contexto, seguir aludiendo a las familias de Derecho Administrativo del *civil law* y del *common law* responde, cada vez más, a un ejercicio académico de escaso arraigo en la realidad.

Otro ejemplo lo encontramos en la actividad contractual de la Administración. La rígida separación entre el contrato administrativo y el contrato de la administración -desconocida en el *common law*- ha dado lugar a una visión holística en torno al contrato público y, en especial, la procura, licitación o procedimiento de selección de contratistas¹³⁷. Los estándares promovidos por instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), para fomentar el valor público y la calidad de las políticas de contrataciones, han favorecido a la globalización del régimen jurídico de la contratación pública¹³⁸. Aquí también puede apreciarse la impronta de la buena administración, en el sentido que el objetivo final es reforzar la calidad de las políticas de contrataciones públicas.

¿Qué puede explicar esta difusión de instituciones? En nuestra opinión, la clave está en ubicar principios fundamentales de la organización política que, arraigados en el problema de la acción colectiva hacia el bien común, reflejan una suerte de *ius administrativum* común. No pretendemos afirmar, por supuesto, la existencia de un Derecho Administrativo universal

¹³³ Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss., y Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.

¹³⁴ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 56 y ss.

¹³⁵ Carvajal, Bernardo, "¿Cómo asegurar calidad regulatoria?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 9, Bogotá, 2013, pp. 41 y ss. Véase, por ejemplo, la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana.

¹³⁶ Sunstein, Cass, *The cost-benefit revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 67 y ss.

¹³⁷ Como hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, "El contrato administrativo en el Derecho Administrativo global. Una perspectiva Iberoamericana", en Acaraz, Hubertm y Vergara, Alejandro, *Itinerario Latinoamericano del Derecho Público Francés. Homenaje al profesor Franck Moderne*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 367 y ss.

¹³⁸ Moreno Molina, José Antonio, *Derecho Global de la Contratación Pública*, primera edición, Ubis, México, 2011, pp. 1 y ss.

y etéreo. Por el contrario, cada sociedad crea, en su propio momento, su específico Derecho Administrativo, que es, así, un “producto de la tierra”¹³⁹. Como observó Forsthoff, “cada época de la historia de los Estados produce un tipo propio de Administración, caracterizado por sus fines peculiares y por los medios de que sirve”¹⁴⁰. Pero si partimos de la premisa según la cual la comunidad política y la persona son recíprocamente inherentes, entonces, tendremos que concluir que hay elementos comunes, si se quiere, del *ius naturale*, en toda comunidad política, y esos elementos comunes son tanto más intensos en relación con el poder administrativo, pues solo éste lleva a cabo las actividades materiales para la gestión concreta de los asuntos propios de la comunidad.

El siglo XXI, con una velocidad mucho mayor a la capacidad de adaptación institucional de los Estados, está colocando en evidencia la existencia de este *ius administrativum* común. Así, la principal lección de la pandemia de la COVID-19 es que los Estados no tienen capacidad suficiente para responder a riesgos globales que requieren coordinar acciones colectivas en el espacio global¹⁴¹. Esta fragilidad fue especialmente visible en América Latina¹⁴². Y cuando la humanidad todavía no ha reflexionado sobre estas lecciones, debe afrontarse a los retos de la gobernanza global frente al cambio climático¹⁴³. A todo lo anterior debemos agregar los retos derivados de la cuarta revolución industrial y, en concreto, de la inteligencia artificial, que colocará más en evidencia la fragilidad del Estado para promover la acción colectiva más allá de sus fronteras¹⁴⁴.

Si apreciamos la evolución del *ius administrativum*, veremos cómo la historia del Derecho Administrativo, desde la perspectiva aristotélica de la acción colectiva orientada al bien común, es en parte la historia de la

¹³⁹ Vid. Ballbé, Manuel, “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, F. Seix, Editor, Barcelona, 1985, p. 66. Para el autor, “la función administrativa, y por ende, el Derecho administrativo supone la existencia de un Estado constituido”.

¹⁴⁰ Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 35 y ss.

¹⁴¹ Zakaria, Fareed, *Ten lessons for a post-pandemic world*, W.W. Norton & Company, Inc., Nueva York, 2020, pp. 56 y ss.

¹⁴² Hernández G. José Ignacio, *La pandemia de la COVID-19 y el Derecho Administrativo en América Latina. Un estudio sobre la fragilidad de las Administraciones Públicas*, Tirant Lo Blanch-Universidad del Rosario, Bogotá, 2022, pp. 294 y ss.

¹⁴³ Nordhaus, William, “Climate Change: The Ultimate Challenge for Economics”, en 109(6) *American Economic Review*, 1991.

¹⁴⁴ Suleyman, Mustafa y Bhaskar, Michael, *The Coming Wave. Technology, power and the twenty-first century’s most significant dilemma*, Crown, Nueva York, 2023, p. 183.

humanidad reunida en torno a la comunidad, especialmente, luego de la revolución agrícola¹⁴⁵. Desde que existe comunidad, la persona ha orientado sus esfuerzos a hacer más efectiva la acción colectiva, o sea, a promover mecanismos eficientes de gobernanza que pasan siempre por la gestión material de los asuntos comunes, esto es, por la acción de administrar, que en la comunidad política adquirió la forma de administración pública. Antes del advenimiento del Estado en el contexto del absolutismo, las instituciones administrativas eran muy precarias, pero ello no impide apreciar su existencia, como sucede por ejemplo con las instituciones del Derecho Romano.

La consolidación del Estado llevó a la consolidación de esas instituciones, siempre de acuerdo con los valores culturales propios de cada sociedad, pues el Estado es una comunidad imaginaria¹⁴⁶. Durante el siglo XX, la fuerza del modelo francés fue tal que llevó a pensar que solo las sociedades con un régimen administrativo tenían, en efecto, Derecho Administrativo, y que éste respondía a instituciones bastante similares, derivadas del régimen exorbitante¹⁴⁷. No obstante, el régimen jurídico bajo el cual esa acción colectiva se logra era un elemento de segundo orden. Así, por ejemplo, la acción colectiva puede organizarse través de las *public utilites* del Derecho de Estados Unidos o del *service publique* del régimen francés, pero esa acción siempre tendrá principios similares o comunes¹⁴⁸. Sin embargo, ese elemento de segundo orden nubló el análisis comparado, al punto de considerarse que solo los Estados con régimen administrativo tienen Derecho Administrativo, y que éste nace en la Revolución Francesa.

Fue también en el siglo XX, pero hacia su final, cuando el brumoso panorama comenzó a despejarse, por la fuerza inusitada del Consenso de Washington, que llevó a generalizar, como vimos, la institución de la regulación, promoviendo así la fusión entre las *public utilites* y el *service*

¹⁴⁵ Noah Harari, Yuval, *Sapiens. A Brief history of humankind*, Harper Perennial, Nueva York, 2015, pp. 165 y ss.

¹⁴⁶ Anderson, Benedict R., *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, Londres, 1991, pp. 37 y ss.

¹⁴⁷ Moles Caubet, Antonio, "La progresión del Derecho administrativo", en *Estudios de Derecho público*, Instituto de Derecho público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, p. 26.

¹⁴⁸ La idea del *service publique* de Duguit, como tal, es desconocida en el Derecho Administrativo de Estados Unidos. Sin embargo, éste también se ha encargado de cómo promover la acción colectiva para asegurar la satisfacción de necesidades de interés general de manera regular. Vid.: Freund, *Administrative Powers over persons and property. A comparative Survey*, The University of Chicago Press, Chicago, 1928, pp. 71 y ss.

publique, en lo que se dio por llamar el nuevo servicio público¹⁴⁹. Más allá de la denominación, esta difusión demostró que, en el fondo, hay un problema común, de estudio frecuente en la economía: cómo organizar la acción colectiva para atender fallos de mercado, como es el caso del monopolio natural derivado de la red de telecomunicaciones, que dio lugar, primero, a la intervención pública sobre el sector, incluso mediante su gestión directa por el Estado, y luego, a su liberalización¹⁵⁰. Más allá del modelo concreto de Derecho Administrativo, hay instituciones comunes derivadas de la necesidad de promover la eficiencia en la acción colectiva.

Si la necesidad de organizar y estudiar a la acción colectiva administrativa fue especialmente intensa durante el siglo XX, fue debido a las transformaciones derivadas de la revolución industrial, que no repararon en la vigencia o no del régimen administrativo. El moderno Estado administrativo es, así, un producto del siglo XX, el cual podría ser estudiado como el siglo del Derecho Administrativo, o mejor -para no generar más confusión- el siglo de la Administración Pública y, por ello, el siglo de la tensión entre la libertad de la persona y la autoridad administrativa. La sociedad quiso crear un poder administrativo de intenso alcance, solo para intentar controlarlo de inmediato y así, prevenir su arbitrariedad. La interdicción de la arbitrariedad es, por ello, el gran concepto transversal del Derecho Administrativo Comparado¹⁵¹. Por supuesto, para prevenir la arbitrariedad -recordemos a Madison- primero debe existir un poder administrativo. Precisamente, el siglo XX es el siglo de la consolidación del poder administrativo y, por ende, de la consolidación del *ius administrativum*, o sea, las instituciones políticas orientadas a prevenir el abuso o arbitrariedad de ese poder y, con ello, promover de manera más eficiente la acción administrativa hacia el bien común.

¹⁴⁹ Esta fusión fue especialmente promovida por Gaspar Ariño Ortiz, al analizar la realidad del servicio público desde el prisma de las *public utilities* de Estados Unidos. Vid.: Ariño Ortiz, Gaspar, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)", en Ariño Ortiz, Gaspar, *et al*, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17 y ss. Nuestra posición, más bien crítica, en Hernández G., José Ignacio, "Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española", en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 877 y ss.

¹⁵⁰ Kahn, Alfred, *The economics of regulation. Principle and institutions*, The MIT Press, Cambridge, 1988, 11 y ss.

¹⁵¹ Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 45 y ss.

III. EL ESTUDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA CREACIÓN DEL ESTADO NACIONAL -LIBERAL Y AUTOCRÁTICO- EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

La formación del Derecho Administrativo en Venezuela, como sucede en especial en América Latina, está asociada a la formación del Estado, que fue mucho más tardía que la formación de los Estados europeos. Especialmente en Hispano-América o la América Española, la revolución hispanoamericana de inicios del siglo XIX forjó nuevos estados que se organizaron como repúblicas democráticas -siguiendo de cerca el modelo de Estados Unidos-. Sin embargo, entre la Constitución de Venezuela de 1811 - primera constitución nacional en español- y la de España de Cádiz de 1812, media en realidad mucho más que un año. En 1811, Venezuela como Estado solo existía en la Constitución, de efímera vigencia; pero ya para entonces el Estado español era una realidad práctica¹⁵².

La paulatina centralización y transición del modelo de caudillos¹⁵³ a instituciones de dominación más burocráticas -que solo pudieron formarse al amparo de regímenes autoritarios- llevó a la gradual pero inacabada consolidación del Estado en América Latina hacia el siglo XX¹⁵⁴. En ese momento, la doctrina, que en realidad, había comenzado a estudiar a las instituciones políticas hacia fines del siglo anterior, interpretó a las incipientes instituciones del Estado administrativo bajo el molde del régimen administrativo¹⁵⁵. Las conferencias de Duguit en Argentina a inicios

¹⁵² Artola, Miguel, *Los orígenes de la España contemporánea*, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pp. 13 y ss

¹⁵³ Lynch, John, *Caudillos in Spanish America 1800-1850*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 402 y ss.

¹⁵⁴ Mazzuca, Sebastián, *Latecomer State Formation: Political Geography and Capacity Failure in Latin America*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 387 y ss.

¹⁵⁵ Sobre la formación histórica del Derecho Administrativo en la región, puede verse el libro coordinado por Montaña, Alberto y Matilla Correa, Andry (ed), *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Externado, Bogotá, 2016. Salvado las diferencias propias de cada país, un rasgo distintivo es la formación del Derecho Administrativo a través de leyes administrativas dictadas en el proceso de construcción de capacidades estatales, en especial, a nivel nacional. La doctrina y jurisprudencia, gradualmente, fueron interpretando esas Leyes a la luz de la influencia del Derecho Administrativo Francés, y de allí la común referencia al régimen jurídico exorbitante, o la definición del Derecho Administrativo como rama del Derecho Público. Por ejemplo, en el libro comentado, vid. Moraga Klenner, Claudio, "Orígenes del Derecho Administrativo Chileno", pp. 317 y ss. En especial, vid. Rodríguez, Libardo, "La explicación histórica del Derecho Administrativo", en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (ed.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 2005, pp. 293 y ss.

del siglo anterior demuestran un prematuro interés por comprender al Estado administrativo desde la idea del régimen exorbitante del Derecho Común. En la América Española, la cercanía con España también facilitó la comprensión del Derecho Administrativo bajo el molde del régimen administrativo, a pesar de que como regla, el modelo de control jurisdiccional de la Administración Pública fue judicialista, como lo fue también el modelo del *judicial review* de Estados Unidos. Esto dio lugar a una paradoja, quizás, no explorada suficientemente: la del Derecho Constitucional de la América Española influenciado por el constitucionalismo de Estados Unidos, pero que dio lugar a un modelo de Derecho Administrativo inspirado en el régimen francés. Lo que Freund intentó sin éxito en Estados Unidos a inicios de siglo, se logró en la América Española: crear cortes especiales para conocer de las disputas con la Administración Pública¹⁵⁶.

La evolución del Estado en Venezuela responde a estos trazos generales. Del país archipiélago del siglo XIX¹⁵⁷, se pasó a la centralización a inicios del siglo XX, muy en especial, bajo el largo régimen autocrático de Juan Vicente Gómez, considerado -con acierto- como una autocracia liberal¹⁵⁸. En realidad, los orígenes no-democráticos del gobierno facilitaron el ocaso del caudillismo y el lento proceso de centralización en torno a la Ley como idea de orden¹⁵⁹, y por medio de un proceso de cohesión social alcanzado a través de la formación de la Administración Pública, en concreto, a través del ejército nacional, el fisco nacional y las infraestructuras nacionales y, en suma, la incipiente dominación burocrática¹⁶⁰. Esta centralización se tradujo en el aumento del número de Leyes administrativas, lo que en 1907, fue la principal justificación para crear la primera cátedra de Derecho Administrativo, y con el tiempo, las primeras obras escritas. Como disciplina académica, el Derecho Administrativo surgió a partir de la exégesis de las diferentes Leyes administrativas, cuyo

¹⁵⁶ Mairel, Héctor, "The need for a comparative Administrative Law studies in Latin America" en *Comparative Law Review* N° 6-1, 2015, pp. 1 y ss.

¹⁵⁷ Pino Iturrieta, Elías, *País archipiélago, Venezuela, 1830-1858*, Fundación Bigott, Caracas, 2004, pp. 210-211.

¹⁵⁸ Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal*, Alfadil ediciones, Caracas, 2007, pp. 73 y ss.

¹⁵⁹ Quintero, Inés, *El ocaso de una stirpe*, Editorial Alfa, Caracas, 2006, pp. 11 y ss.

¹⁶⁰ Hernández G., José Ignacio, "La formación de la administración pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez", en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2019, pp. 79 y ss.

propósito final fue incrementar la eficiencia y la eficacia de la incipiente acción colectiva¹⁶¹.

El petróleo influyó en este proceso, pero no de manera tan decisiva como pudiera considerarse. Así, cuando surge la industria petrolera -1914- ya el proceso de centralización del Estado administrativo estaba en marcha, y se encontraba bastante consolidado en la década siguiente, cuando el ingreso fiscal petrolero aumentó su peso en las finanzas¹⁶². La principal influencia del petróleo fue que elevó las demandas por instituciones administrativas, al ser necesario procurar la coordinación de la industria petrolera. El petróleo aumentó las demandas sociales a favor del Estado administrativo y se convertiría, a partir de la década de los cuarenta, en la principal justificación de la intervención del Estado en la economía. El aumento de la intervención administrativa, junto al rol central de la Ley como instrumento a favor del orden -no así a favor de la libertad, vista la continuidad de los regímenes autocráticos luego de la muerte de Gómez, en 1937- incrementó los conflictos jurídico-administrativos, que fueron resueltos por el Poder Judicial, en una incipiente jurisdicción contencioso-administrativa.

No es de sorprender que estos conflictos eran, en su gran mayoría, los propios de la industria petrolera y del título habilitante por medio del cual la inversión privada intervenía, a saber, la concesión. Hasta mediados de la década de los cuarenta, la jurisprudencia interpretó a la concesión como un contrato mixto, esto es, regido por el Derecho Civil y por la regulación de las Leyes administrativas. Según esta interpretación, la Administración quedaba sometida y vinculada al contrato, negándose toda posibilidad de accionar unilateral. Esto es, que el concepto de autotutela -piedra del régimen administrativo- era desconocida en el incipiente Derecho Administrativo de Venezuela¹⁶³.

El impacto del régimen administrativo francés terminó de permear en la jurisprudencia con la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de

¹⁶¹ Hernández G., José Ignacio, "Perspectiva histórica de los textos fundamentales del Derecho Administrativo en el centenario de la cátedra", en *Textos fundamentales del Derecho Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. XI y ss.

¹⁶² Straka, Tomás "Introducción", en Straka, Tomás (ed.), *La Nación Petrolera: Venezuela, 1914-2014*, Academia Nacional de la Historia-Universidad Metropolitana, Caracas, 2014, p. 8.

¹⁶³ Hernández G., José Ignacio, "Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 147*, Caracas, 2009, pp. 41 y ss.

diciembre de 1944, caso *Astilleros La Guaira*. Esta decisión es conocida por introducir el concepto de contrato administrativo¹⁶⁴, pero en realidad, sus consecuencias fueron mucho mayores, pues ella interpretó al Derecho Administrativo venezolano a través del molde del régimen administrativo. El máximo tribunal incluso reconoció que la recepción de esta figura no respondía a una decisión del Legislador, sino a los grandes autores del Derecho Administrativo Francés. Con lo anterior se marcó el fin del Derecho Administrativo como un régimen jurídico híbrido, para pasar a conformarse como un régimen jurídico exorbitante del Derecho Común. La concesión petrolera, por ello, dejó de estar regulada por el Derecho Civil y pasó a estar regida por instituciones de Derecho Administrativo, lo que décadas después, facilitaría el proceso de nacionalización petrolera a través de la reversión¹⁶⁵.

La recepción de la figura del contrato administrativo se hizo, en Venezuela -como en general sucedió en la región- sin basamento en el modelo constitucional judicialista. En realidad, la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato de la administración era irrelevante para determinar cuál orden jurisdiccional conocería de la pretensión: siempre lo conocería el orden jurisdiccional del poder judicial. Pero la incipiente doctrina, en todo caso, se adaptó gradualmente a este cambio y comenzó a interpretar a las Leyes administrativas con instituciones propias del régimen administrativo, en especial, la figura del acto administrativo basado en la autotutela¹⁶⁶.

Este Derecho Administrativo tenía, en todo caso, severas limitaciones. Por un lado, prevalecía el método exegético y positivista, lo que hacía que la disciplina fuese, en realidad, la glosa de las Leyes administrativas, pero sin

¹⁶⁴ Pérez Luciani, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela", en *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 611 y ss. Sobre el impacto de esta sentencia en la teoría general del contrato administrativo, vid. Iribarren Monteverde, Henrique, "Presentación", *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Tomo I. En homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*, Universidad de Margarita, 2006, pp. 7 y ss. En general, vid. Araujo-Juárez, José, *Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 255 y ss.

¹⁶⁵ Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

¹⁶⁶ Hernández Ron, J.M., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, segunda edición, Caracas, 1943, pp. 161 y ss. El autor deriva el régimen del contrato administrativo del régimen del servicio público, y de allí que acepta la revocabilidad del contrato en función a la mutabilidad del servicio público. Al esbozar la tesis del servicio público (pp. 145 y ss.), el autor sigue de cerca de las diversas corrientes imperantes entonces en la doctrina francesa (Duguit, Jèze, Bonnard, Berthélemy y Waline, entre otros).

pretensión de construir un sistema racional. De otro lado, Venezuela no había alcanzado todavía la modernidad del siglo XX, como resultado de la todavía incipiente evolución de las instituciones del Estado administrativo de corte prestacional. Finalmente, el régimen autoritario impedía avanzar en la idea del Derecho Administrativo como medio para prevenir la arbitrariedad. En realidad, y como resultado de la centralidad de la Ley en el régimen de Gómez, el Derecho Administrativo no era otra cosa que el control de la actividad administrativa para reforzar su adecuación a la legislación autocrática, para favorecer la eficiencia y eficacia de la acción colectiva en un régimen no-democrático.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DEL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN INICIADO EN 1958 Y EL PENSAMIENTO DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

El inicio de la democratización en Venezuela en 1958 cambió este presupuesto, pues se elevaron las demandas sociales para avanzar más aceleradamente en la modernidad del Estado administrativo, ahora, bajo la forma del Estado Social y Democrático de Derecho, como fue sancionado en la Constitución de 1961. El frágil y autocrático Estado administrativo que había surgido del país archipiélago, estaba dando paso al moderno Estado administrativo adaptado a la creciente complejidad de los cometidos estatales y de la acción colectiva necesaria para su materialización efectiva. También en Venezuela, el moderno Derecho Administrativo se presentaba como un producto del siglo XX. Su principal impulsor es Allan R. Brewer-Carías, cuyo pensamiento jurídico fue marcado -y marcó- los esfuerzos iniciados desde 1958 por democratizar a las instituciones políticas venezolanas.

Como lo describió el expresidente venezolano Rafael Caldera, Brewer-Carías se *“reconoce miembro de la generación de 1958, surgida a la vida nacional precisamente en los momentos en que se iniciaba el nuevo experimento*

democrático"¹⁶⁷. En el plano del Derecho Comparado, esto implica que la singladura académica de Brewer-Carías coincide con el apogeo del moderno Estado administrativo y, en especial, con el impulso renovador de la *Revista de Administración Pública* de España. En el plano doméstico, su ubicación en la generación de 1958 sitúa al autor en un momento fundacional: la democratización del moderno estado Administrativo venezolano, formado lentamente a lo largo del siglo XX.

En efecto, Brewer-Carías inicia sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela, en el último año de la larga Venezuela autocrática: 1957. El inicio de la travesía democrática coincide entonces con el propio inicio de su carrera académica, que se topa con el estudio del Derecho Administrativo, más comparado que venezolano, debido a la ausencia -ya señalada- de un cuerpo dogmático ajustado a la realidad del país. En 1960, inició su carrera de investigación académica, primero en el Instituto de Estudios Políticos fundado por Manuel García Pelayo y luego, en el Instituto de Derecho Público, dirigido por el profesor español Antonio Moles Caubet. Ello marcó su pensamiento jurídico hacia el Derecho Público, tanto más, luego de trabajar, también, en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del entonces Ministerio de Justicia. Fue allí cuando descubre una profusa jurisprudencia hilvanada a la andadura del incipiente Estado administrativo, que demostraba la existencia de un ordenamiento jurídico-administrativo que iba más allá de las Leyes¹⁶⁸.

Este descubrimiento aportó al Derecho Administrativo venezolano el elemento que le faltaba, esto es, su ordenación sistemática y racional en torno a principios generales que solo pueden ser inducidos por la jurisprudencia, con ocasión a resolver las controversias jurídico-administrativas que, por su parte, solo pudieron presentarse como consecuencia de la gradual formación del Estado administrativo¹⁶⁹. Por ello, Brewer-Carías nació en el momento adecuado: veinte años antes, probablemente las condiciones favorables derivadas del proceso de democratización hubiesen impactado

¹⁶⁷ Caldera, Rafael, "Prólogo", en *Política, Estado y Administración Pública*, Editorial Ateneo de Caracas, Caracas, 1978, p.6

¹⁶⁸ Seguimos los datos biográficos de Dahbar, Sergio, *Allan Brewer-Carías: Una Vida*, Dahbar, Madrid, 2019. pp. 47-53.

¹⁶⁹ Véase Brewer-Carías, Allan, "Algunas bases del Derecho Administrativo Pública en la Jurisprudencia venezolana", en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 27, Caracas, 1963, pp. 143 y ss.

adversamente en su obra; veinte años después, quizás, se habría topado con un Derecho Administrativo ya formado sistemáticamente.

El resultado fue su tesis de doctorado terminada en París en 1963, y publicada al año siguiente. Los dos primeros párrafos de la Nota Introdutora de esa obra resultan claves para comprender los fundamentos de su pensamiento jurídico¹⁷⁰:

“Ciertamente, no era yo el llamado a escribir por primera vez en Venezuela sobre la Teoría General del Derecho Administrativo venezolano actual. Sin embargo, cuando se cree tener responsabilidades, la conciencia exige la asunción de ellas, y más, cuando tengo el convencimiento de que, como ha señalado Jesús González Pérez, "el hecho de que, en buen número de casos, no se haya logrado alcanzar un auténtico saber científico del Derecho, no es una imposición de la realidad investigada, no es que ésta se rebele a un conocimiento científico, sino una falla de sus investigadores, que no han logrado alcanzar aquel plano del saber que constituye la Ciencia". Hasta tal punto esta falla existe, que algunas veces se ha dudado de las propias bases fundamentales del Derecho Administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano, y de la posibilidad real de la sumisión de la Administración a la Legalidad. Al contrario, con este estudio pretendo demostrar que sí puede hablarse en Venezuela, con propiedad, de la existencia de un Derecho Administrativo y, por tanto, que podemos calificar a nuestro sistema como de Régimen Administrativo. La Administración, en nuestro sistema jurídico, está sometida a la Ley, y por ello es responsable ante los administrados por su actuación ilegítima”.

Volvamos brevemente unos años atrás. Como explicamos, los inicios de la doctrina de Derecho Administrativo venezolana fueron tardíos, como tardía fue la formación del Estado. Fue en 1944 cuando la jurisprudencia decide interpretar al incipiente Estado administrativo desde el prisma del régimen administrativo, lo que se tradujo en una importante -aun cuando dispersa- jurisprudencia. Sin embargo, la predominancia del método exegético impidió la formación sistemática del Derecho Administrativo de

¹⁷⁰ *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Colección Tesis de Doctorado, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 11.

Venezuela, hasta que Brewer-Carías no solo descubrió la jurisprudencia que sistematizaba principios generales, sino que además, logró unir los dispersos fallos en un sistema ordenado que, como no podía ser de otra manera, partió del estudio comparado del Derecho Administrativo, incluyendo por su puesto el modelo francés pero también otros modelos, en especial, el español. Así lo destacó el director de la tesis, Moles Caubet, al observar -en el informe del tutor- que la obra “*representa el intento, perfectamente logrado, de hacer una exposición comparativa del Derecho Administrativo venezolano que, a través de semejante prisma categorial, permite ser bien conocido y valorado*”¹⁷¹. Tal y como el propio autor recordaría décadas después¹⁷²:

“Por ello, también mencioné en la Presentación, que mi intención con el libro era llenar el vacío que para ese momento existía de obras nacionales en la materia, y así ayudar a los estudiantes de nuestras Facultades de Derecho y a los profesionales preocupados, en la iniciación al estudio o en el estudio de la teoría general del derecho administrativo venezolano, pues sin duda, en ese entonces, nuestra disciplina jurídica había sido quizás la menos afortunada en cuanto a estudios doctrinales se refiere, excepción hecha de la obra de nuestro primer y entonces único tratadista, J. M. Hernández Ron publicado en los años cuarenta. Pretendía, por tanto, con el libro, comenzar a llenar el vacío que hasta ese momento existía, y que coincidentemente también se había comenzado a llenar con el Manual de Derecho Administrativo del profesor Eloy Lares Martínez, editado en Caracas por la misma Imprenta universitaria en junio de 1963, cuando yo ya había concluido mi Tesis”.

Así, sobre este libro, hemos señalado lo siguiente¹⁷³:

¹⁷¹ Id., p. 2.

¹⁷² “Nota sobre la historia de las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana, 1964”, en Hernández G., José Ignacio (ed), *Libro homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 15

¹⁷³ Hernández G., José Ignacio, “Presentación”, en *Libro homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*, cit., p. 26

“La tesis de Brewer-Carías se convirtió en el testimonio de la época fundacional del Derecho administrativo venezolano contemporáneo. En efecto, de acuerdo a la apretada evolución histórica que hemos hecho, nuestro Derecho administrativo es tributario de dos cambios históricos fundamentales: la centralización del Estado a través de Leyes administrativas, y el desarrollo e interpretación de esas Leyes por la jurisprudencia bajo los cánones del régimen administrativo francés. De allí que las bases o fundamentos de nuestro Derecho administrativo están expuestas, con notable lucidez, en ese libro”

El moderno Estado administrativo venezolano se había comenzado a formar a la sombra de los regímenes autoritarios que finalizaron en 1958, y que a pesar de ello, lograron importantes avances en la jurisprudencia, la cual afirmó la sujeción de toda la actividad administrativa al principio de legalidad. La sistematización lograda por Brewer-Carías en su obra terminada en 1963 y publicada al año siguiente, otorgó el apoyo indispensable para la democratización de ese Estado administrativo, pues identificó los principios generales del Derecho Administrativo y, con ello, facilitó el estudio de las instituciones necesarias para la materialización de los cometidos definidos en la Constitución de 1961.

V. LAS TRES ETAPAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO A LA SOMBRA DEL PETRO-ESTADO, Y EL ROL DEL PENSAMIENTO DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS.

El pensamiento jurídico del autor puede ser estudiado en tres etapas históricas: (i) la consolidación de las bases del Estado social y democrático de Derecho (1964-1984); (ii) el fortalecimiento del Estado administrativo desde la centralidad de la persona y sus derechos humanos (1984-2004) y (iii) la denuncia del falso Derecho Administrativo en la era de la globalización (2004-2024). A lo largo de estos sesenta años, el pensamiento jurídico de Brewer-Carías, cuyo estudio es el objeto de este libro, ha sido fundamental a los fines de identificar las particularidades del fenómeno administrativo, esto es, de las instituciones que, dentro del Estado, surgen para la mejor gestión material de los asuntos propios de la comunidad política. El desarrollo de este pensamiento jurídico-administrativo, además, coincide

con el ciclo de consolidación, democratización y revisión del moderno Estado administrativo.

Este libro estudia el pensamiento jurídico-administrativo de Brewer-Carías a lo largo de estos sesenta años, con lo cual expondremos, en esta introducción, los trazos centrales de la evolución del Derecho Administrativo en este período.

Así, la primera etapa coincide con los esfuerzos orientados a procurar el sometimiento pleno de toda la Administración Pública al ordenamiento jurídico, como corresponde por lo demás con la democracia constitucional. Por ello, los condicionantes políticos del pensamiento jurídico de Allan R. Brewer-Carías eran especialmente favorables, pues la idea de la Administración Pública actuando con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico para prevenir su arbitrariedad, encontraba un sólido sustento en la Constitución de 1961. En especial, el artículo 206 de ese texto recogió las modernas tendencias del Derecho Administrativo al reconocer que el sometimiento de la Administración Pública, además de pleno, aplica respecto de todo el ordenamiento jurídico, y no solo en relación con la Ley. Para remachar esta sólida base, la norma en cuestión acotó que el control de la jurisdicción contencioso-administrativa aplica, incluso, frente a la desviación de poder¹⁷⁴.

La constitucionalización del Derecho Administrativo incentivó el mestizaje entre las nacientes instituciones administrativas surgidas al amparo de la Constitución de 1961, y el método comparado en el estudio del Derecho Administrativo, especialmente, a través del Derecho Europeo Continental. Además de la influencia de la doctrina francesa (no solo en temas como la justicia administrativa, sino en especial, la responsabilidad patrimonial¹⁷⁵), destaca también la influencia de la doctrina italiana, en especial, en la teoría de la actividad administrativa¹⁷⁶. Por supuesto, la doctrina española ha tenido especial influencia, en concreto, en la figura de

¹⁷⁴ García, Carlos, "Incluso por desviación de poder". Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (o de cómo los profesores Manuel Ballbé y Jesús González Pérez influyeron en la Constitución de Venezuela)", en *Revista española de derecho administrativo* n° 167, Madrid, 2014, pp. 349 y ss.

¹⁷⁵ Iribarren Monteverde, Henrique, "La responsabilidad administrativa extracontractual", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 44, Caracas, 1992, pp. 133 y ss. Su pensamiento en este tema puede consultarse en *El régimen venezolano (paradójicamente clásico) de la responsabilidad administrativa extracontractual*, Ediciones Liber, Caracas. 2006.

¹⁷⁶ Rondón de Sansó ha sido uno de los autores más influyentes en esta materia, a partir de su clásico libro *Teoría general de la actividad administrativa*, Ediciones Liber, Caracas, 2000, pp. 16-17.

Eduardo García de Enterría¹⁷⁷. Como resultado de lo anterior, el estudio del Derecho Administrativo en Venezuela, en esta etapa de consolidación, se enfocó en la actividad y función administrativa¹⁷⁸ y su principal manifestación, como es el acto administrativo. Este énfasis se hizo no solo para reconocer privilegios y prerrogativas -lo que ha dado lugar a una corriente crítica- sino también, al control de ese poder administrativo¹⁷⁹.

Así, el control del poder administrativo por medio del principio de legalidad y de la jurisdicción contencioso-administrativa, responde, en realidad, a los principios decantados por la jurisprudencia con anterioridad a la Constitución de 1961¹⁸⁰. Lo que este Texto hizo fue justificar tal control no solo en una herramienta de eficiencia administrativa, sino en especial, en un componente central del Estado de Derecho consolidado en esa Constitución. Por ello, en Venezuela, la constitucionalización del Derecho Administrativo creó las condiciones favorables para superar el método exegético entonces imperante, enfatizado en la llamada parte especial¹⁸¹. Esta superación marcó el inicio de la sistematización del Derecho Administrativo, no solo con las *Instituciones fundamentales* de Brewer, sino también con el *Manual de Derecho Administrativo* de Eloy Lares Martínez¹⁸².

Este control era, además, consustancial al Estado Democrático sancionado en la Constitución de 1961. Tal fue, sin duda, el gran cambio dado al principio de legalidad, al punto que cabría diferenciar entre el

¹⁷⁷ Hernández G., José Ignacio, "La influencia del Profesor Eduardo García de Enterría en el Derecho Administrativo Venezolano", en *Revista de Derecho Público* n° 135, Caracas, 2013, pp. 13 y ss.

¹⁷⁸ Pérez Luciani, Gonzalo, "Funciones del Estado y actividades de la Administración", en *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, cit., pp. 205 y ss.

¹⁷⁹ Herrera Orellana, Luis Alfonso, *La potestad de autotutela administrativa*, Paredes, Caracas, 2008, pp. 109 y ss.

¹⁸⁰ Moles Caubet, Antonio, "El principio de legalidad y sus implicaciones", en *Estudios de Derecho público*, Instituto de Derecho público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 277 y ss.

¹⁸¹ Polanco Alcántara, Tomás, *Derecho Administrativo Especial*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1959, tomado de Colección Clásicos Jurídicos N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012. Sobre la impronta de esta obra, vid. Hernández G., José Ignacio, "Palabras de presentación de la reimpresión de la obra Derecho Administrativo Especial del Profesor Tomás Polanco Alcántara", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 152, Caracas, 2014, pp. 183 y ss.

¹⁸² La primera edición del Manual fue publicada en 1963. Véase, sobre esta obra, lo que explicamos en Hernández G. José Ignacio, "Nota preliminar", en Pérez Olivares, Enrique y Hernández G., José Ignacio (ed), *El derecho administrativo en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 23 y ss., así como "Un siglo de Derecho Administrativo. A propósito del centenario del nacimiento de Eloy Lares Martínez", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 152, Caracas, 2014, pp. 133 y ss.

principio de legalidad autocrático, antes de 1958, y el principio de legalidad democrático, luego de ese año y, en especial, desde los fundamentos del Texto de 1961, anclados en el pacto de gobernanza democrática conocida como Pacto de Puntofijo¹⁸³. La elección directa, secreta y universal del titular de la Presidencia de la República y de los miembros del entonces Congreso de la República, en el marco del principio de controles interorgánicos definidos en la Constitución, fueron condiciones favorables para ampliar la calidad y alcance del control sobre la Administración Pública, más allá del control de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸⁴.

Finalmente, el Derecho Administrativo consolidó su rol prestacional a través de la fórmula del Estado Social. El abandono del así llamado dogma liberal -el Estado no interviene en la economía salvo en materias de orden público- había comenzado a abandonarse, en realidad, hacia fines del régimen de Juan Vicente Gómez, con la creación de las primeras empresas del Estado¹⁸⁵. Además, luego de 1939, el Estado amplió su rol regulador en la economía al amparo de un régimen de excepción que, sin embargo, se mantendría hasta la década de los noventa¹⁸⁶. El Estado Social no solo permitió ampliar el rol del servicio público como institución medular del Derecho Administrativo, sobre todo, por medio de la figura del contrato administrativo y la cláusula exorbitante¹⁸⁷. Además, el Estado Social conformó a la Administración Económica para intervenir limitando el ejercicio de la libertad de empresa¹⁸⁸.

Esta expansión del Estado administrativo no solo respondió a las causas generales explicadas en la sección anterior, sino además, al impacto

¹⁸³ Aveledo, Ramón Guillermo, "Valoración histórica y actual del Pacto de Puntofijo", en Aguiar, Asdrúbal y Brewer-Carías, Allan (ed), *El Pacto de Puntofijo; orígenes, actores, significados, implementación y efectos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2024, pp. 69 y ss.

¹⁸⁴ Rodríguez García, Armando, "Apuntes sobre la caracterización de lo contencioso administrativo", en *Actualidad del Contencioso administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 49 y ss.

¹⁸⁵ Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 53 y ss.

¹⁸⁶ Linares Benzo, Gustavo, "Regulación y economía: juntas y bien revueltas", en *Venezuela Siglo XX: Visiones y Perspectivas, Tomo II*, Fundación Polar, Caracas, 2000, pp. 351 y ss. Desde una perspectiva general, *vid.* Suárez, Jorge Luis, "Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 101*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 144-183.

¹⁸⁷ Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2001, pp. 127 y ss.

¹⁸⁸ Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 86 y ss.

del petróleo. Este impacto no fue del todo apreciado desde el Derecho Administrativo, pues éste se enfocó en regular los cauces jurídicos para la conducción de la así llamada nacionalización petrolera, en especial, a través del rol de la empresa petrolera estatal¹⁸⁹. La nacionalización petrolera acordada en 1975 no solo consolidó el pensamiento estatista en relación con el petróleo sino, más allá, en relación con toda la economía, como quedó reflejado en el V Plan de la Nación, el cual concibió al Estado -y en específico, su Administración Pública- como el principal actor de la economía. Por ello, la concepción del Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho Común y la importancia de instituciones como el servicio público¹⁹⁰, reflejaron -y siguen reflejando- el rol del Estado administrativo impulsado por el Petro-Estado.

Tras este pensamiento subyacía, en todo caso, un cambio de mayor envergadura, identificado por Terry Lynn Karl, cual es la conformación de Venezuela como Petro-Estado, esto es, la organización política en la cual la autoridad central gestiona la industria petrolera capta el ingreso petrolero -que es una renta, en términos económicos- y lo distribuye¹⁹¹. Como resultado de las instituciones del Petro-Estado, la Administración Pública es propensa a tener una baja capacidad burocrática, con tendencias hacia la conducción de políticas clientelares, distributivas y rentistas¹⁹².

Frente al Derecho Administrativo, las instituciones del Petro-Estado elevaban la exigencia de los controles para prevenir la arbitrariedad, vista la expansión del Estado administrativo, mucho más allá de los cauces del Estado Social. Por consiguiente, las instituciones del Petro-Estado también influyeron en el Derecho Administrativo. De esa manera, este Derecho se consideró como exorbitante no solo en función a la trasposición de los principios del régimen administrativo y la distinción entre la Administración Pública actuando en función al servicio público y actuando como un particular. Tanto más, el Derecho Administrativo asumió un rol exorbitante pues ello facilitó la expansión de las técnicas de intervención

¹⁸⁹ Boscán de Ruesta, Isabel, "Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.", en *Revista de Derecho Público* N° 9, Caracas, 1982, pp. 60 y ss., y Duque Corredor, Román, *El Derecho de la nacionalización petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, pp. 71 y ss.,

¹⁹⁰ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, CIDEP, Caracas, 2021 (versión electrónica, n° 5.432 y ss.)

¹⁹¹ *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997, pp. 6 y ss.

¹⁹² Ross, Michael "Does Taxation Lead to Representation?", en *34 B.J.Pol.S.*, 2004, pp. 229-249.

administrativas al amparo del Petro-Estado, lo que se tradujo en la gradual captura del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo¹⁹³.

Que el Derecho Administrativo como instrumento del Petro-Estado bajo un régimen exorbitante del Derecho Común no haya derivado en un régimen político autocrático, se debe al éxito de los mecanismos de peso y contrapeso definidos en la Constitución de 1961 y, en concreto, a la sistematización del Derecho Administrativo, bajo el impulso de la jurisprudencia. Así, la teoría del acto administrativo (que resume todo el poder exorbitante de la Administración del Petro-Estado) fue desarrollada por la jurisprudencia, a partir del estudio de los requisitos de validez, tanto de forma como de fondo, incluso, en lo que respecta al control de la discrecionalidad administrativa¹⁹⁴. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976¹⁹⁵, y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de 1981¹⁹⁶, constituyen los dos grandes pilares sobre los que se asentó el Derecho Administrativo, decantados por la labor de la jurisprudencia, tanto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como de la Sala Político-Administrativa¹⁹⁷.

La mejor muestra de esta consolidación fue la fundación de la Revista de Derecho Público en 1980, bajo la dirección de Allan R. Brewer-Carías¹⁹⁸. El enfoque desde el Derecho Público -y no solo desde el Derecho

¹⁹³ Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil. Introducción. La empresa. El empresario*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 23-24.

¹⁹⁴ Urdaneta Troconis, Gustavo, "Los motivos de impugnación en la Jurisprudencia Contencioso Administrativa venezolana en las últimas tres décadas", en *Derecho contencioso administrativo. Libro homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata*, Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2006.

¹⁹⁵ Pérez Guevara, Martín, "Bases normativas del control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela", en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 15 y ss.

¹⁹⁶ Ruan, Gabriel, "La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *Revista de Derecho Público* N° 18, Caracas, 1984, pp. 57 y ss. Véase la obra fundamental de José Araujo Juárez *Principios generales del Derecho Administrativo Formal*, publicada inicialmente en 1989, posteriormente ampliada bajo el título *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, Vadell, Valencia, 2001, pp. 61 y ss.

¹⁹⁷ Por ejemplo, sobre la importancia de los precedentes derivados de ponencias de la profesora Josefina Calcaño de Temeltas, vid. Belén, Ramírez y Grau, María Amparo (ed). *Josefina Calcaño de Temeltas: Análisis doctrinario de su emblemática obra jurisprudencial*, FUNEDA-AVEDA-Editorial Jurídica Venezolana y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2024.

¹⁹⁸ Véase la obra colectiva *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006. Como escribe Olivo Rodríguez, la Revista ha sido motor fundamental de la renovación del Derecho Público, no solo en Venezuela sino en América Latina en general. Vid.: "Testimonio de Amistad", en *Estudios de Derecho Público Administrativo y Constitucional. Reflexiones en la República Dominicana*, Centro Hostos de Estudios Constitucionales-Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2022, p. 36.

Administrativo- reflejó la necesidad de abordar el estudio jurídico de las instituciones políticas desde un prisma general, como explicó Moles Caubet en la presentación de la Revista¹⁹⁹. Este Derecho Público, bajo el Estado Social y Democrático de Derecho previsto en el Texto de 1961, permitió consolidar al Derecho Administrativo desde el principio de legalidad y el control universal del acto administrativo²⁰⁰. Ello se hizo, en todo caso, a partir de un sistema predominantemente objetivo y revisor centrado en el recurso de nulidad como medio de impugnación. En todo caso, el resultado fue la conquista de la Administración Pública y su poder político por el Derecho, como barrera para prevenir la arbitrariedad²⁰¹.

La *segunda etapa* del Derecho Administrativo, que inicia en 1984, quedó marcada por dos movimientos, como lo son la crisis del Estado y la consolidación de los derechos humanos. Así, el llamado viernes negro, de 1983, colocó en evidencia el agotamiento del modelo de desarrollo basado en la expansión del Petro-Estado, en especial, a través de su Administración Pública²⁰². Debido al prolongado régimen de excepción que acompañó a la Constitución de 1961, la libertad de empresa nunca fue, en los hechos, un verdadero derecho público subjetivo, sino más bien un derecho precario y maleable²⁰³. Además de la expansión del Estado administrativo promovida por la visión estatista de la economía, el Estado fue degenerando en torno a la centralización y la democracia de partidos²⁰⁴. Para revertir ese proceso, en 1984 se creó a la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), que postuló políticas para rescatar la economía de mercado, promover la descentralización, reforzar la calidad de la separación de poderes y profundizar la democratización²⁰⁵.

¹⁹⁹ "Presentación", *Revista de Derecho Público* n° 1, Caracas, 1980, pp. 3 y ss.

²⁰⁰ Entre otros, vid. Moles Caubet, Antonio, "El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho Comparado", *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993, p. 10, y Rondón de Sansó, Hildegard, "El sistema contencioso-administrativo en el contexto de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La distribución de competencias", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, cit., pp. 34 y ss.

²⁰¹ Grau, María Amparo, "La materia contencioso administrativa", en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* Allan R. Brewer-Carías, FUNEDA, Caracas, 1995, p. 131.

²⁰² Caballero, Manuel, *Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)* Alfadil, Caracas, 2007, pp. 173 y ss.

²⁰³ Mayobre, José Antonio, "Derechos económicos", en *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979, pp. 1.127 y ss.

²⁰⁴ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 20 y ss.

²⁰⁵ Carrera Damas, Germán, *La necesaria reforma democrática del Estado*, COPRE, Caracas, 1988, pp. 29 y ss.,

La reforma del Estado permeó en la Administración Pública, al realizarse sus bases constitucionales a partir de la centralidad de los derechos humanos. En esta transformación, la jurisdicción contencioso-administrativa fue la gran protagonista, al impulsar la universalidad del control del acto administrativo desde la protección del derecho a la tutela judicial efectiva²⁰⁶. Gradualmente, los privilegios y prerrogativas de la Administración Pública pasaron a valorarse desde el balance con los derechos humanos. Desde el punto de vista procesal, esto permitió ampliar la actividad e inactividad administrativa sujeta a control jurisdiccional, a través de la pretensión procesal administrativa²⁰⁷.

Otro cambio que impulsó la centralidad de los derechos humanos fue el reconocimiento del derecho y la acción de amparo, incluso, frente a la Administración Pública. La protección jurídica de los derechos humanos amplió los poderes del juez contencioso-administrativo y, con ello, mejoró la calidad del control de la Administración Pública²⁰⁸.

La descentralización político-territorial, iniciada en 1989, también permitió la renovación de la Administración Pública, al construirse capacidades administrativas estatales y, especialmente, municipales²⁰⁹. Las instituciones del Derecho Administrativo formadas bajo la centralización del Estado pudieron desplegarse gradualmente a las Administraciones estatales y municipales, todo lo cual coadyuvó a fortalecer al procedimiento administrativo, no solo como un cauce de garantía del principio de legalidad

²⁰⁶ Linares Benzo, Gustavo, "El carácter subjetivo del procedimiento contencioso administrativo", en *XVII Jornadas J.M. Domínguez Escobar. Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo I, Barquisimeto, 1993.

²⁰⁷ Urosa Maggi, Daniela, "Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela. ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 114 y ss. Véase asimismo a Torrealba, Miguel Ángel, "El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia", en *El contencioso administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 121 y ss

²⁰⁸ Briceño León, Humberto, "Tendencias actuales del contencioso administrativo en Venezuela", en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, FUNEDA, Caracas, 1995, pp. 770 y ss., y Sosa Gómez, Cecilia, "Efectos del recurso", en *XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escobar" Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, Tomo II, Barquisimeto, 1993, pp. 293 y ss.

²⁰⁹ Urdaneta Troconis, Gustavo, *La idea de municipio en Venezuela: El arduo tránsito del municipio territorial al municipio-colectividad*, CIDEP, Caracas, 2020, pp. 19 y ss.

y ejercicio del derecho a la defensa, sino de participación ciudadana, en especial, de sectores vulnerables²¹⁰.

También el Derecho Administrativo recibió la influencia de las políticas adoptadas a partir de 1989, y que replantearon el rol del Estado en la economía, a través de mecanismos como la privatización de empresas públicas y la promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesión²¹¹. De igual manera, la firma de tratados bilaterales de inversión (TBIs) favoreció la apertura del Derecho Administrativo a la inversión privada²¹². El restablecimiento de las garantías jurídicas de la libertad de empresa favoreció el avance del Derecho Administrativo Económico, inspirado en el sistema de economía social de mercado²¹³.

Pero sin duda, el principal cambio que se registró en este período derivó de la aprobación de la Constitución de 1999 que, salvando sus muchos defectos, reconoció de manera expresa las bases fundamentales del Derecho Administrativo²¹⁴. El artículo 141 define a la Administración Pública como una organización servicial, o sea, una organización al servicio de las personas y, por ende, al servicio del bien común, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho²¹⁵. Como resultado de este cambio, se impulsó la renovación del procedimiento administrativo, por medio de instituciones como la simplificación administrativa, orientada a realzar la calidad de la actividad administrativa²¹⁶.

Además, las políticas de liberalización en los sectores de electricidad, gas, hidrocarburos y telecomunicaciones, iniciadas en 1999, ayudaron a la renovación del Derecho Administrativo Económico, en concreto,

²¹⁰ Ayala Corao, Carlos, "El derecho a la participación política de los pueblos indígenas", en *Revista de Derecho Administrativo* n° 1, Caracas, 1997, pp. 191 y ss.

²¹¹ Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, Caracas, 2002, pp. 23 y ss.

²¹² Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, cit.

²¹³ De León, Ignacio, "Consideraciones acerca de los principios económicos de la Constitución venezolana", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* número 98, Caracas, 1996, pp. 32 y ss.

²¹⁴ Tal y como analizamos en Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 53 y ss.

²¹⁵ García Soto, Carlos, "El carácter servicial de la administración pública: el artículo 141 de la constitución", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* n° 11, Caracas, 2017, pp. 191 y ss.

²¹⁶ Rodríguez García, Armando, "La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la simplificación de trámites administrativos", en Parra Aranguren, Fernando y Rodríguez García, Armando (ed), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión al vigésimo aniversario del curso de especialización de Derecho Administrativo, Tomo II*, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 397 y ss.

promoviendo una visión más balanceada entre servicio público y libertad de empresa²¹⁷. La actividad de servicio público, que se había definido a partir de la centralidad de los privilegios y prerrogativas, pasó a incorporar también la visión de los derechos humanos, en especial, en los llamados servicios públicos municipales²¹⁸. Todo lo anterior favoreció la adopción del concepto de regulación²¹⁹, fomentándose la comparación -inédita, hasta entonces- entre el Derecho Administrativo de Venezuela y el Derecho Administrativo de Estados Unidos²²⁰.

Otro cambio importante, impulsado por la Constitución de 1999, fue la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo, a las pretensiones relacionadas con la inactividad administrativa²²¹. Además, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 -y salvando sus importantes defectos- promovió a una visión universal de la jurisdicción administrativa que superó la distinción -artificial, por lo demás- entre la actividad administrativa sujeta a Derecho Administrativo y a Derecho Privado, en particular, en relación con el llamado contrato administrativo. A partir de esa Ley, toda pretensión relacionada con cualquier contrato de la Administración es conocida siempre por la jurisdicción contencioso-administrativa²²².

Para 2004, podría decirse que el proceso de sistematización y consolidación del Derecho Administrativo en Venezuela había alcanzado su mayor etapa de madurez, al establecerse un sistema racional de reglas, principios y valores que aseguran el sometimiento pleno de la Administración al ordenamiento jurídico actuando al servicio de los

²¹⁷ Hernández-Mendible, Víctor, "Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa", en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 313 y ss.

²¹⁸ Araujo-Juárez, José, "Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos", en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos, Valencia, 1999, p. 120. En esa obra, véase también a Villegas Moreno, José Luis, "Servicios públicos municipales".

²¹⁹ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 123 y ss.

²²⁰ Mónaco, Miguel, "Las Administraciones Independientes en el Derecho administrativo de los Estado Unidos de América y su poder normativo", en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica, Tomo II*, Caracas, 2005, pp. 189 y ss.

²²¹ Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 258 y ss.

²²² Subero Mujica, Mauricio, "La noción de contrato administrativo y la jurisprudencia en Venezuela", en *Derecho administrativo iberoamericano*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 2035 y ss.

ciudadanos, pero sin negar la discrecionalidad que ésta necesita para atender a las exigencias del bien común²²³. Como resultado de ello, de la centralidad del acto administrativo se pasó a la centralidad de la relación jurídico-administrativa²²⁴. En tal sentido, el artículo 141 de la Constitución favoreció a consolidar a la relación jurídico-administrativa desde el concepto de servicio a los ciudadanos, más allá del órgano que, dentro del Estado, realiza tal actividad.

Y fue justo luego de alcanzar esta cumbre, cuando la crisis política de Venezuela -que en realidad se arrastró desde fines del siglo XX²²⁵- permeó al Derecho Administrativo, el cual degeneró en un brazo ejecutor del modelo autocrático que pasó a conocerse como el socialismo del siglo XXI²²⁶. Así, paulatinamente, el principio de separación de poderes fue desmantelado en la práctica, centralizándose funciones en la Presidencia de la República, en especial, a partir del control político de la industria petrolera²²⁷. De una organización al servicio de las personas, la Administración Pública degeneró en un instrumento del poder político, e instrumento para el control autoritario de la sociedad civil y la violación sistemática de derechos humanos²²⁸.

²²³ Pueden verse los trabajos de Alvarado Andrade, Jesús María, "Sobre Constitución y Administración Pública"; Nikken, Claudia, "Reflexiones sobre el concepto, a 100 años de la creación de la cátedra de Derecho administrativo en Venezuela" y Torrealba, Miguel Ángel, "Sobre los conceptos de Derecho administrativo y de Administración Pública en Venezuela", todos en *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, FUNEDA, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2011, pp. 165 y ss.

²²⁴ Caballero, Jesús, "La relación jurídica administrativa y las situaciones de los administrados", en *Revista de Derecho Administrativo N° 6*, Caracas, 1999, p.7 y ss. y Meier, Henrique, "Aplicación de la teoría de la relación jurídica al estudio del Derecho administrativo", *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*, cit., pp. 911 y ss.

²²⁵ Hausmann, Ricardo y Rodríguez, Francisco, "Why did Venezuela growth collapse?", en *Venezuela before Chávez. Anatomy of an Economic Collapse*, The Pennsylvania State University Press, University Park, 2014, pp. 15 y ss

²²⁶ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, cit.

²²⁷ Carmona Borjas, Juan Cristóbal, *Hidrocarburos y Minerales. Derecho y Finanzas, Volumen I*, Caracas, 2016, p. 212.

²²⁸ Duque Corredor, Román, "El entramado jurídico del socialismo del Siglo XXI. De la autocracia militar dictatorial venezolana y su sustitución por una institucionalidad democrática sin impunidad y sin venganza", en *Revista de Derecho Público* n° 163-164, pp. 85 y ss. y Sosa Gómez, Cecilia, "Crisis del principio de la separación de poderes en Venezuela", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 167, Caracas, 2022, pp. 951 y ss.

Quizás el principal signo de esta degeneración autocrática fue la politización de la jurisdicción contencioso-administrativa²²⁹, como parte de la destrucción de la autonomía del Poder Judicial²³⁰. La ausencia de control judicial abrió las puertas a la arbitrariedad, en especial, en el Derecho Administrativo Económico, debido a la destrucción de los mecanismos de mercado, por ejemplo, por medio de expropiaciones de hecho²³¹. A través de controles centralizados, los derechos económicos fueron diezmados²³², todo lo cual dio paso a la peor crisis económica fuera de países en guerra²³³.

El deterioro democrático de Venezuela no fue resultado de acciones externas -como golpes militares- sino de acciones internas, demostrando así que, en el siglo XXI, las democracias mueren en manos de los ganadores de elecciones²³⁴. La soberanía popular, base del modelo republicano, fue degenerada en la defensa del pueblo para simular medidas autoritarias, o sea, en el autoritarismo populista²³⁵. La Constitución, de norma suprema que garantiza la libertad, pasó a ser un objeto maleable por el poder, a través del secuestro de sus instituciones -como la justicia constitucional y electoral²³⁶-

²²⁹ Nikken, Claudia, "El caso Barrio Adentro: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos", en *Revista de Derecho Público* n° 93-96, Caracas, 2003, pp. 5 y ss, y Pesci-Feltri, Flavia, "Venezuela: el desmantelamiento progresivo del Estado de derecho. A partir de la instauración del régimen chavista", en *Revista de Derecho Público* n° 157-158, Caracas, 2019, pp. 96 y ss.

²³⁰ Canova, Antonio, et al, *El TSJ al servicio de la revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014, pp. 11 y ss.; Chavero, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011, pp. 103 y ss. y Louza, Laura, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 28 y ss.

²³¹ Canova, Antonio et al., *¿Expropiaciones o vías de hecho?*, FUNEDA-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pp. 131 y ss. Véase también a Sira Santana, Gabriel, "Relatoría de la Jornada 2021 de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo", en Alfonso Paradisi, Juan Domingo y Silva Aranguren, Antonio, *Derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas. Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo*, AVEDA, Caracas, 2021, pp. 18 y ss.

²³² Abadi, Anabella y García, Carlos, *El control de precios en Venezuela (1939-2015): de la Segunda Guerra Mundial a la "guerra económica"*, CEDICE, Caracas, 2016, pp. 56 y ss. Véase también a Escudero, Margarita, "Discurso de Incorporación como Individuo Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", 2 de abril de 2024.

²³³ Barrios, Douglas y Santos, Miguel Angel, "¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?", en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss.

²³⁴ Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *How democracies die*, Crown, Nueva York, 2018, pp. 8 y 91.

²³⁵ Mudde, Cass, "The Populist Zeitgeist", en *Government and Opposition*, número 39-4, 2014, pp. 541-563; Müller, Jan-Werner, *What Is Populism*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2016, p. 9, y Norris, Pippa y Inglehart, Ronald, *Cultural Backlash Trump, Brexit, and the rise of authoritarian populism*. Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 30 y ss.

²³⁶ Urosa Maggi, Daniela, "Justicia electoral y autoritarismo judicial en Venezuela", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 14, Caracas, 2018, pp. 317 y ss.

para consolidar el modelo autoritario, en una suerte de Derecho Constitucional autocrático²³⁷. De hecho, el caso de Venezuela ha dado lugar al estudio del legalismo autocrático, esto es, las políticas autoritarias que atentan en contra de las bases de la democracia constitucional, pero a través de formas legales²³⁸.

El resultado de todo lo anterior fue un Derecho Administrativo autoritario populista, en el cual la participación ciudadana fue secuestrada por organizaciones controladas y dirigidas por el Gobierno, conocidas como instancias del poder popular, y que dieron lugar al Estado Comunal como un Estado paralelo al Estado constitucional²³⁹. Como resultado, la distinción entre Estado y sociedad se difuminó, lo que fue aprovechado para implementar mecanismos de huida de los controles fiscales, generándose incentivos para la irrupción de la cleptocracia, en especial, luego de los cientos de miles de millones de dólares administrados sin control efectivo, como resultado del *boom* del ingreso petrolero y del sobreendeudamiento²⁴⁰.

En la práctica, todos los avances alcanzados desde el inicio de la sistematización del Derecho Administrativo se perdieron. De la Administración actuando con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho se pasó a la Administración incontrolada y arbitraria. La actividad administrativa al servicio de los ciudadanos dio paso a la actividad administrativa al servicio del autoritarismo populista. La justicia administrativa, de cauce para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y el control de la legalidad, pasó a ser cauce de autoritarismo judicial. La desconstitucionalización del Derecho Administrativo también afectó la vigencia práctica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial, en el Sistema Interamericano²⁴¹.

²³⁷ Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto, "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", y Tushnet, Mark "Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues", en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36.

²³⁸ Corrales, Javier, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2022, pp. 21 y ss.

²³⁹ Nikken, Claudia, "La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos", en *Leyes Orgánicas del Poder Popular y el Estado Comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunista)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 187 y ss.

²⁴⁰ Sánchez Falcón, Enrique, "La Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público, entre los años 2000 y 2015, ruta segura hacia el despilfarro", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* n° 7, 2016, Caracas, pp. 717 y ss.

²⁴¹ Ayala Corao, Carlos, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", en *Revista de Derecho Público* n° 131, Caracas, 2012, pp. 39 y ss. /

Sin embargo, el pensamiento jurídico-administrativo ha resistido al embate²⁴². Y ello solo ha sido posible debido a la construcción sistemática del Derecho Administrativo, iniciada en 1963 con las *Instituciones Fundamentales* de Brewer-Carías. Incluso, a pesar de la ausencia efectiva del Estado Social y Democrático de Derecho, la doctrina no solo ha logrado mantener la defensa de los principios fundamentales del Derecho Administrativo, por ejemplo, frente a la arbitraria propuesta de reforma constitucional de 2007²⁴³, y la ilegítima asamblea nacional constituyente de 2017²⁴⁴. Además, la doctrina ha logrado recoger avances teóricos importantes, por ejemplo, en materia de contrataciones públicas²⁴⁵ (a pesar de su opacidad)²⁴⁶ y lucha contra la corrupción²⁴⁷.

El pensamiento jurídico del Derecho Administrativo en Venezuela, en los últimos sesenta años, presenta rasgos similares a la evolución comparada del *ius administrativum* al amparo del Estado administrativo del siglo XX, y las exigencias por crear instituciones democráticas para elevar la eficiencia y eficacia de la acción colectiva. Un rasgo peculiar es que las bases de esas instituciones se formaron, en algunos casos, a la sombra de los regímenes autocráticos, con ocasión al largo proceso de formación del Estado nacional contemporáneo. El otro rasgo es que esas instituciones también se formaron al tiempo que Venezuela adoptaba los arreglos institucionales del Petro-Estado, lo que inevitablemente se tradujo en instituciones rentistas que elevaron la tensión entre el poder administrativo y el bien común. Gracias a la jurisprudencia, doctrina y legislación, así como a los acuerdos políticos

²⁴² Como concluye Carlos García Soto en “El pensamiento jurídico venezolano: una historia de resistencia intelectual”, en Cova Arria, Luis et al (ed), *Libro homenaje al doctor Humberto Romero-Muci, Tomo I*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2023, pp. 149 y ss.

²⁴³ Véase el volumen especial de la *Revista de Derecho Público* n° 112, Caracas, 2007.

²⁴⁴ Entre otros estudios, puede verse a Alfonso Paradisi, Juan Domingo, “La Ley Constitucional de Precios acordados emitida por la Asamblea Nacional Constituyente. Su inconstitucionalidad, nueva regulación de precios a través del diálogo y su desconocimiento por las vías de hecho de autoridades administrativas”, en *Revista de Derecho Público* n° 153-154, Caracas, 2018, pp. 57 y ss.

²⁴⁵ Por ejemplo, vid. García Soto, Carlos, “Posición de la administración en su actividad contractual. El caso de la ley de contrataciones públicas”, en *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 34 y ss.

²⁴⁶ Rosas Rivero, Daniel, “La opacidad como norma en la legislación venezolana de contratación pública”, en Rosas, Daniel (ed), *La contratación pública en Iberoamérica*, CIDEP-Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Caracas, 2022, pp. 139 y ss.

²⁴⁷ Vivas, Jessica y Pernía-Reyes, Mauricio (ed), *El rol del Derecho Administrativo en la lucha contra la corrupción*, AVEDA-CECOFI, Caracas, 2023.

que actúan como baranda a la democracia²⁴⁸, el poder administrativo del Petro-Estado no se desbordó y el Derecho Administrativo logró funcionar para facilitar la acción colectiva necesaria para la implementación de los cometidos del Estado Social y Democrático de Derecho. Cuando la deriva autoritaria avanzó, a partir de 2004, la legislación y la jurisprudencia dejaron de servir de elementos de contención y moderación del poder administrativo, pero la doctrina se mantuvo cumpliendo su función de preservar los principios fundamentales del Derecho Administrativo. A la cabeza de ese pensamiento jurídico se encuentra Allan R. Brewer-Carías.

VI. EL PENSAMIENTO HUMANISTA DE ALLAN R. BREWER-CARIÁS Y LA REACCIÓN FRENTE AL FALSO DERECHO ADMINISTRATIVO

El pensamiento jurídico del *ius administrativum* en la obra de Allan R. Brewer-Carías, responde a las tres etapas señaladas en la sección anterior, y de las cuales Brewer-Carías fue, al mismo tiempo, actor y cronista. El inicio de ese pensamiento jurídico fue la sistematización de principios generales del Derecho Administrativo en la jurisprudencia venezolana, que posteriormente se destilaron para identificar a los principios fundamentales del Derecho Público²⁴⁹, todo ello fiel al método comparativista. Si a este aspecto metodológico le agregamos una constancia y pasión por la investigación jurídica de un trabajador incansable²⁵⁰, que se ha traducido en

²⁴⁸ “Democratic guardrails”, o “barandas democráticas”, son las instituciones informales basadas en acuerdos entre las élites políticas, muchas veces implícitos, que mantienen al juego político dentro de la cancha democrática. Vid.: Tushnet, Mark y Bugarič, Bojan *Power to the People*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 9 y ss.

²⁴⁹ El trabajo iniciado con las *Instituciones Fundamentales* fue luego ampliado con *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de Derecho Administrativo*, seis tomos, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975-1977.

²⁵⁰ Jesús González Pérez aludió a “su enorme capacidad de trabajo –trabajador incansable, dice Beatriz–”, así como a su capacidad de “aprovechar al máximo el tiempo, hasta esos ínfimos ratos sueltos que por lo general se desprecian –es, como decía Marañón de sí mismo, un traperero del tiempo–”, en el discurso pronunciado con ocasión a la presentación del *Liber Amicorum* publicado en 2003. Brewer-Carías es una persona trabajadora –escribe Carlos Ayala– “muy rabajadora. Para ello no tiene otra regla que la disciplina de trabajar todos los días y cumplir con las metas que se propone”. Vid.: “Allan Brewer-Carías: La persona”, en Parejo Alfonso, Luciano y Cottin, León Henríque (ed), *Allan R. Brewer-Carías. Proyección de su obra iberoamericana*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-New York-Madrid, 2020, p. 37.

centenares de artículos y libros²⁵¹ que abordan al Derecho Administrativo desde la integralidad del Derecho Público, podremos comprender mejor estas palabras de Eduardo García de Enterría²⁵²:

“Entre los iuspublicistas hispanoamericanos, el Prof. Brewer-Carías ocupa un lugar de primer orden. Es el más brillante de los iuspublicistas formados en la Universidad Nacional de Caracas por el profesor español exiliado Antonio Moles, que acaba de fallecer, tras una larga y fecunda carrera. Brewer accede por ello muy joven al profesorado y emprende una obra sistemática de reordenación de todo el Derecho Público venezolano que asombra por su regularidad, por su ambición y por la seguridad de su criterio técnico servido por una ágil mente jurídica y por una formación de una amplitud excepcional. Hoy el Derecho Público venezolano, Administrativo y Constitucional, ha quedado conformado en su conjunto sistemático y en partes sustanciales del mismo por las construcciones de Brewer-Carías”.

El pensamiento de Brewer-Carías, citando de nuevo a García de Enterría, refleja “un milagro de la naturaleza exuberante del trópico venezolano”²⁵³. El “milagro” fue, en parte, resultado de los condicionantes políticos de la Generación de 1958, que crearon el ambiente adecuado para que la capacidad intelectual de Brewer-Carías, jurista integral²⁵⁴, pudiese

²⁵¹ Citando a Jesús Caballero Ortiz, Brewer-Carías es “uno de los grandes juristas de Venezuela y, sin duda, quien tiene la más vasta obra jurídica escrita en toda la historia de nuestro país”. En Arismendi, Alfredo y Caballero, Jesús (ed), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías, Tomo I*, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela-Editorial Civitas, 2003, p. 29. Véase en especial, *La obra de Allan R. Brewer-Carías. Edición preparada por sus hijos y nietos con ocasión de celebrar sus 80 años de vida y 60 años de actividad académica*, Madrid, 2019 (documento n° 32, de la sección “Obras Homenaje y Escritos Sobre ARBC”). Toda su obra está organizada sistemáticamente en la página web <https://allanbrewercarias.com>.

²⁵² “Prólogo”, en Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, 11.

²⁵³ García de Enterría, Eduardo, “Discursos en el acto de Presentación del libro: El derecho público a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías”, en *Revista Peruana de Derecho Público* n° 7-4, 2003, p.120

²⁵⁴ Su pensamiento jurídico, en realidad, cubre todas las parcelas del Derecho Público, siempre girando en torno al fenómeno administrativo. Como explican Carlos García y Antonio Silva, “si en su trayectoria hay una ocupación que es particularmente importante es la de profesor, expositor y autor del Derecho Administrativo, raíz intelectual desde la cual brotó luego el resto de su trabajo académico, que alcanza desde la historia de las ideas, hasta el urbanismo colonial, pasando por el Derecho Constitucional y su historia, la Ciencia Política, la Ciencia de la Administración, entre otros tópicos. Por ello, naturalmente, se editan aquí varios ensayos sobre la figura del profesor Brewer en el ámbito del Derecho Público”. “Presentación”, en García Soto, Carlos

desarrollar los principios fundamentales del Derecho Administrativo y, a partir de allí, del Derecho Público, no solo en Venezuela sino en general, en Iberoamérica²⁵⁵. Su dedicación a la investigación científica -como escribió Pedro Nikken- ha producido “*resultados próximos a lo inverosímil*”²⁵⁶. Lo inverosímil no es solo la cantidad de esa obra, sino en realidad, su extraordinaria calidad, debido a la capacidad de hilvanar las instituciones del *ius administrativum* en un sistema ordenado de Derecho Público.

En el centro de este sistema destaca lo que consideramos es la raíz humanista del pensamiento de Brewer-Carías, cuya preocupación central es cómo lograr el correcto funcionamiento de las instituciones administrativas para la promoción del bien común y la centralidad de la dignidad humana. Escribe Luciano Parejo Alfonso que Brewer-Carías es un jurista²⁵⁷:

“que pertenece a los que ven el Derecho no como un fin en sí mismo, en cuyo campo pueden alzarse sin riesgo -el riesgo ya será de otras- las construcciones más sutiles y acabadas, sino, más modestamente, como instrumento de la razón humana para el más justo gobierno de los hombres, el arreglo concreto posible de los problemas de la convivencia, y, por tanto, instrumento cultural e histórico para el progreso de ésta en la razón”.

El Derecho como instrumento de la razón humana es lo que ha impulsado a Brewer-Carías a divulgar sus obras, incluso, los escritos de carácter más preliminar, pues como suele decir, este tipo de escritos, guardado en algún archivo -físico o digital- no podría cumplir ningún rol en

y Silva Aranguren, Antonio (ed), *Allan R. Brewer-Carías: una personalidad multifacética. Libro-homenaje de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por sus 80 años*, AVEDA, Caracas, 2020, p. 13.

²⁵⁵ Alvarado Andrade, Jesús María, “Sobre el Derecho Público Iberoamericano: A propósito del Tratado de Derecho Administrativo de Allan R. Brewer-Carías”, en *Revista de Administración Pública* n° 193, Madrid, pp. 423 y ss.

²⁵⁶ Nikken, Pedro, “Discurso del profesor Pedro Nikken en el acto del otorgamiento del Doctorado Honoris Causae de la Universidad Católica del Táchira, 1992”, en Arismendi, Alfredo y Caballero, Jesús (ed), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías, Tomo I*, cit., p. 44.

²⁵⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “Discurso leído en el Acto Solemne de Conferimiento del Doctorado Honoris Causa al Profesor Allan R. Brewer-Carías en la Universidad Carlos III de Madrid, en día 3 de octubre de 1996”, en Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Cuaderno de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, n° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, p. 209

el progreso de la razón. Por ello, y además de autor, Brewer-Carías ha sido editor e impulsor de los estudios jurídicos²⁵⁸.

Para el autor, el Derecho Administrativo es la pieza jurídica central dentro de las instituciones políticas, cuya cabal comprensión solo puede hacerse desde el Derecho Constitucional y las Ciencias Políticas, pero además, en perspectiva histórica. La historia de las instituciones políticas es, así, la herramienta central para entender al Derecho Administrativo de nuestro tiempo, y su lucha constante por promover la acción colectiva desde la centralidad de la persona y el bien común. La curiosidad por la historia - ha escrito Parejo Alfonso- ha llevado a Brewer-Carías a aplicar su riguroso método a la historiografía de las instituciones políticas en Hispanoamérica, fortaleciendo de esa manera las bases de su pensamiento en el *ius administrativum*²⁵⁹.

El pensamiento jurídico de Allan R. Brewer-Carías es, entonces, el del jurista integral, que comprende que las instituciones administrativas no han surgido en aislamiento, sino que ellas son resultado de la larga evolución de condicionantes políticos, al punto de identificar como rasgo distintivo el fenómeno administrativo, o sea, las particularidades de las instituciones administrativas que surgen para hacer más eficiente la acción colectiva indispensable para la gestión concreta del bien común. Este fenómeno administrativo es mutable, como ya vimos, y marca la inestabilidad del Derecho Administrativo. De allí la importancia de otra de las virtudes de este pensamiento jurídico, destacado por Fortunato Cruz²⁶⁰:

“Es un intelectual que guarda fidelidad absoluta a sus principios y valores, siendo integral la correspondencia entre el pensamiento que manifiesta en sus libros y escritos, con las proposiciones que realiza y el testimonio de su vertiginosa actividad vital. Así, pocos en Venezuela

²⁵⁸ Su aporte a la ciencia del Derecho Público -escribe Belén Ramírez Landaeta- “no se limita a su producción científica, lo que ya sería mucho, sino que además ha logrado impulsar a muchos talentosos estudiantes, abogados, profesores, investigadores que con su estímulo y apoyo han llegado a destacarse dejando también su impronta en este campo”. “Presentación”, en Ramírez Landaeta, Belén (ed), *Jornada Académica en Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías 80 años*, FUNEDA-Fundación Universitas-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, p. 12

²⁵⁹ Parejo Alfonso, Luciano, “Prólogo”, en Brewer-Carías, Allan, *La ciudad ordenada*, Instituto Pascual Madoz Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, p. 19

²⁶⁰ González Cruz, Fortunato, “Prólogo” en Brewer-Carías, Allan, *Constitución, democracia y control del poder*, Universidad de Los Andes Consejo de Publicaciones, Centro Iberoamericano de Estudios Provisionales y Locales (CIERPOL), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 7-8.

han defendido con tanta vehemencia al Municipio y a la Provincia. Sus escritos le dan un sólido fundamento teórico al federalismo, a la descentralización, a la aspiración que tenemos los venezolanos de construir un mejor destino desde nuestros lugares”.

La coherencia es, en parte, más sencilla en disciplinas como el Derecho Civil, cuyas instituciones han sido codificadas siguiendo los grandes trazos de la tradición legal clásica. Pero en una disciplina como el Derecho Administrativo, que no puede ser codificada -aun cuando han surgido códigos de sus instituciones centrales- la coherencia es mucho más compleja. A mediados del siglo XX, el Derecho Administrativo abrazó el dogma de la empresa pública, para luego apoyar la privatización de la empresa pública a fines de ese siglo. ¿Cómo guardar la coherencia en un entorno tan cambiante?

La clave está en el pensamiento principista de Brewer-Carías, sin duda, influenciado por el método cartesiano común en el Derecho de Francia, en el cual el autor se formó. Basta leer el índice de las *Instituciones Fundamentales*, para apreciar la extraordinaria habilidad de aplicar el método inductivo al Derecho Administrativo y así, identificar los principios generales -o las instituciones fundamentales- sobre los que la disciplina se mantiene²⁶¹. Este pensamiento, a lo largo de los sesenta años que median desde la publicación de las *Instituciones Fundamentales*, ha sido coherente. En este libro, hemos contrapuesto al Brewer-Carías de 1964 con el Brewer-Carías de 2024. En esos sesenta años, por supuesto, su pensamiento jurídico ha cambiado, pues el fenómeno administrativo ha cambiado. Pero lo que ha permanecido inmutable son las instituciones fundamentales de ese pensamiento jurídico,

²⁶¹ Como Eduardo Roca Roca indicó, en la presentación de la candidatura al Doctorado *Honoris Causa* de la Universidad de Granada el 9 de diciembre de 1986, “Allan R. Brewer-Carías irrumpe en el Derecho Administrativo de su país, en 1964, cuando aparece publicado su libro *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*. Esta obra se puede considerar como la primera que, en Venezuela, y en Hispanoamérica, expuso el Derecho Administrativo contemporáneo, con una metodología moderna. Se trata de un intento de mostrar la situación de la teoría general del derecho administrativo, construida sobre la base de las decisiones jurisprudenciales de la Suprema Corte del país, la cual hasta ese momento era casi totalmente desconocida. La obra, sin duda, contribuyó a darle un vuelco total al derecho administrativo en Venezuela, antes de esa fecha muy poco cultivado”. Tomado de Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones en España*, Caracas, 1987, p. 86.

o sea, los vectores que hunden sus raíces en una visión humanista en la cual el fenómeno administrativo se orienta al mejor servicio al bien común²⁶².

Esta coherencia se vio especialmente influenciada por la escuela de Eduardo García de Enterría, de la cual Brewer-Carías forma parte, pese a ser mucho más joven²⁶³. De allí que, por ejemplo, y como destacó Jesús González Pérez, su estudio de las Leyes de procedimiento Administrativo de América Latina, termina en un auténtico Manual, esto es, el estudio ordenado y sistemático de los principios generales del Derecho Administrativo que procura el balance entre la actividad administrativa y los derechos de las personas, previniendo la arbitrariedad pero sin negar la discrecionalidad inherente al *ius administrativum*²⁶⁴.

Su honestidad intelectual, coherencia, disciplina en el trabajo y visión del Derecho centrado en los derechos humanos han hecho que su pensamiento no permanezca ajeno a los embates del autoritarismo populista que se ha desarrollado en Venezuela desde 1999. Veíamos antes que desde 2004, la doctrina del Derecho Administrativo de Venezuela ha asumido, ante todo, una posición de resistencia -no ya defensa- de las bases constitucionales del Derecho Administrativo. El método exegético no ha sido una opción, pues la glosa del legalismo autocrático terminaría por convertir a la doctrina, también, en medio a favor del autoritarismo²⁶⁵. De la legislación, jurisprudencia y doctrina, solo se mantiene pie la última. La obra de Brewer-Carías no solo ha sido el fundamento de esta lucha en contra de

²⁶² Es en el pensamiento jurídico de la historiografía del Derecho Público donde podemos encontrar, con mayor claridad, los fundamentos aristotélicos. Véase, por ejemplo, Brewer-Carías, Allan, *Orígenes del Constitucionalismo Moderno en Hispanoamérica. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II*, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 15. Las raíces filosóficas del pensamiento jurídico de Allan R. Brewer-Carías se remontan, en realidad, a 1957. Luego de aplazar un curso sobre Historia de la Filosofía, Brewer-Carías descubrió en la escritura -a mano, hasta fecha bastante reciente- el método para ordenar su conocimiento, de lo cual surgió un curso de filosofía. Vid. Dahbar, Sergio, *Allan Brewer-Carías: Una Vida*, cit., pp. 39-40.

²⁶³ Sobre ello, vid. Fernández, Tomás-Ramón, "Presentación", en Brewer-Carías, Allan, *Mis estudios en la Revista de Administración Pública (1964-2022)*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello n° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 13 y ss.

²⁶⁴ González Pérez, Jesús, "Prólogo", en Brewer-Carías Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 23 y ss.

²⁶⁵ Como resumió Román Duque Corredor, "un aspecto que creo que debe destacarse de la obra de Brewer Carías, como investigador, es su preocupación para la integridad del derecho administrativo por la utilización en la exegesis de las leyes administrativas de juicios de valor, éticos o políticos, dado que su interpretación consiste en insertar el fenómeno jurídico dentro de un marco económico, social y político". En Ramírez Landaeta, Belén (ed), *Jornada Académica en Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías 80 años*, cit., p. 242.

las inmunidades y arbitrariedades del poder, sino que Brewer-Carías ha estado de primero en esa lucha. Tal y como escribió Pedro Nikken:²⁶⁶

“En los últimos años, Brewer se ha concentrado en el escrutinio y análisis de la arbitrariedad con la cual ejerce el poder el régimen venezolano y muy especialmente en la inmensa farsa que es la llamada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Es un trabajo doloroso, que mucho le agradecerá la historia, y no solo la venezolana en nuestro Emil Zolá con su poderoso *J'accuse*”.

En palabras de Eduardo Jorge Prats:²⁶⁷

“Por su parte, Brewer-Carías, si bien comienza su obra doctrinaria en los inicios de la era democrática, sienta las bases para la transformación de un Derecho Administrativo, y Público en general, de presupuestos autoritarios heredados de la decimonónica tradición jurídico-publico francesa, a un Derecho propio de un Estado de Derecho conciliado con el Estado Social y que resistiese las tentaciones del Estado interventor. En ese proceso, el autor no solo contribuye a construir un Derecho Público venezolano de sólidas y paradigmáticas bases dogmáticas, sino también a erigir una verdadera escuela iberoamericana de Derecho Público”.

Una de las ideas fuerza del pensamiento de Brewer-Carías (y que resumimos en las conclusiones de este libro) es la incidencia de los condicionantes políticos en el Derecho Administrativo. Estos condicionantes también incidieron en el pensamiento jurídico del autor, que en tanto miembro de la Generación de 1958, hizo del Derecho Administrativo un instrumento para la democracia constitucional. Por ello, el derecho a la democracia y el derecho a la Constitución basada en el precepto *pro persona*, es una pieza fundamental en este pensamiento jurídico. Incluso, consciente

²⁶⁶ “A manera de prólogo. Intervención de Pedro Nikken en la Jornada Académica celebrada para conmemorar los 80 años de Allan R. Brewer-Carías”, en Balasso Tejera, Caterina et al., *Libro homenaje a Allan R. Brewer-Carías. 80 años de evolución del Derecho Público*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, p. 14

²⁶⁷ Jorge Prats, Eduardo, “Prólogo”, en Brewer-Carías, Allan, *Crónica Constitucional sobre una Venezuela en las tinieblas. 2018-2019*, Editorial Jurídica Venezolana-Ediciones Olejnik, Santiago, 2019, p. 22.

de la importancia del estudio de estas bases constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, Brewer-Carías se adentró al estudio de estas bases, lo que a su vez le llevo a analizar la historia constitucional de Venezuela, y en general, de Hispanoamérica²⁶⁸.

Con lo cual, el Derecho Administrativo de Brewer-Carías es el Derecho del Estado constitucional, pero más allá, del Estado Convencional. Como muy bien expresa Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el Estado constitucional en el pensamiento de Brewer-Carías parte -como en Kant- de un derecho público de la humanidad, todo lo cual resulta de extrema utilidad en el siglo XXI, ante el surgimiento de regímenes políticos autoritarios con apariencia de constitucionalidad²⁶⁹.

Como no podía ser de otra manera, de esta singladura ha emergido un concepto de Derecho Administrativo que renuncia a criterios únicos, y por el contrario, se centra en la complejidad del fenómeno administrativo y sus signos de ruptura y continuidad. Como hemos escrito²⁷⁰:

“La obra de Allan R. Brewer-Carías (...) ha configurado el concepto de Derecho administrativo en Venezuela en un sentido amplio. El Derecho administrativo, para el autor, se aplica al Poder Ejecutivo (salvo cuando obre en ejercicio de la función de gobierno), por un lado, y a los órganos del Poder Público y a los particulares, por el otro, cuando ejerzan actividad administrativa. También rige a la Administración incluso cuando instrumentalmente ella se sujete a Derecho privado, pues no existe una “actividad administrativa de Derecho privado”. (...)

Esta construcción se ha realizado con el deliberado propósito de afirmar el control del Estado en beneficio de los derechos de los ciudadanos. De esa manera, gracias al concepto de Brewer-Carías, en Venezuela se acepta que toda la actividad e inactividad administrativa

²⁶⁸ Véase la nota de presentación de Brewer-Carías al *Derecho Administrativo. Reedición ampliada de la edición de Bogotá de 2005*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, 2024, pp. 45 y ss.

²⁶⁹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “La figura del Estado Constitucional, Democrático y Convencional”, en Allan R. Brewer-Carías. *Proyección de su obra iberoamericana*, cit., pp. 189 y ss.

²⁷⁰ Hernández G., José Ignacio, “Allan R- Brewer-Carías y el concepto de Derecho Administrativo en Venezuela”, en *Revista de Administración Pública n° 184*, Madrid, 2011, p. 354, así como “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana”, en *Revista de Administración Público n° 176*, Madrid, 2008, pp. 363 y ss.

queda sujeta a Derecho y al control judicial, con independencia del órgano que lleve a cabo esa actividad, e incluso del régimen jurídico aplicable. Una construcción dogmática puesta al servicio del Estado de Derecho, de la democracia y de las garantías de los ciudadanos...”.

El pensamiento jurídico de Allan R. Brewer-Carías es un componente esencial de la consolidación del moderno Estado administrativo en el siglo XX, y la preocupación permanente de lograr instituciones que, al tiempo de facilitar la eficiencia de la acción colectiva, prevengan la arbitrariedad del poder y, más allá, aseguren la capacidad estatal para atender, debidamente, los complejos cometidos que el Estado debe cumplir, tanto más, en la era de riesgos globales. Este pensamiento es, en realidad, parte de la concepción humanista del Derecho Público, en cuyo centro se ubica el *ius administrativum*, al cual hicimos mención en el inicio de este estudio preliminar. Frente a la mutabilidad del Derecho Administrativo, el pensamiento de Brewer-Carías permite afianzar los signos de continuidad, en especial, por medio del método comparado, y que en los últimos sesenta años, marcan al Derecho Administrativo en su lucha por prevenir la arbitrariedad al amparo del principio de legalidad; promover el servicio a los derechos humanos, en especial, en relación con derechos económicos y sociales, y reaccionar frente al legalismo autocrático.

Noviembre de 2024