

Allan R.
BREWER - CARÍAS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo I

PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO
PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Universidad Externado de Colombia
Universidad Central de Venezuela

DERECHO ADMINISTRATIVO

ALLAN R.

BREWER - CARÍAS

DERECHO ADMINISTRATIVO

PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO, PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO I

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

ISBN 958-710-024-7

© ALLAN R. BREWER-CARIAS, 2005

© UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 2005

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2005

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá, Colombia. Fax 342 4948

www.librosuexternado.com

Primera edición: enero de 200*

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones,
Universidad Externado de Colombia

Composición: Proyectos Editoriales Curcio Penen

Fotomecánica, impresión y encuadernación: Editorial Cordillera S. A. C.,
con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Perú

Printed in Perú

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN GENERAL	
LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PÚBLICO	17
I. El principio de la supremacía constitucional y de la aplicación directa de la Constitución	21
1. La Constitución como norma suprema	21
2. El principio de la aplicabilidad inmediata de la Constitución	23
3. La supra constitucionalidad en materia de derechos humanos	29
II. El principio de la formación del derecho por grados	31
1. La Constitución como fuente del ordenamiento jurídico y el sistema jerarquizado del ordenamiento jurídico	31
2. La formación del derecho por grados en la Constitución de 1999	34
3. Los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (actos de rango legal)	38
4. Los actos estatales dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución (actos de rango sub legal): los actos administrativos y los actos judiciales	40
III. El principio de la legalidad (el Estado de derecho) y la supranacionalidad	41
1. El ejercicio del poder público sometido al ordenamiento jurídico	42
2. La incorporación del derecho comunitario al ordenamiento jurídico	47
IV. El principio de la distribución vertical del poder público: la forma federal del Estado	54
1. La constante histórica del federalismo	54
2. El poder público distribuido territorialmente	56
3. Los principios del Estado federal: la autonomía territorial y sus límites	59
V. El principio de la personalidad jurídica del Estado y las personas jurídicas estatales	63
VI. El principio de la separación orgánica de poderes: la división horizontal del poder público	67
1. La penta división del poder público nacional	67
2. La división de los poderes públicos estatales y municipales	69
VII. El principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado	70
1. La división del poder público y las diversas funciones del Estado	70
2. Las diversas funciones del Estado	73
A. La función normativa	73

B. La función política	76
C. La función jurisdiccional	78
D. La función de control	81
E. La función administrativa	83
3. Las “funciones propias”	84
4. La ausencia de coincidencia de la separación orgánica de “poderes” (división del poder público) y la asignación de funciones estatales	87
VIII. El principio del carácter interfuncional de los actos estatales	89
1. La distinción entre las funciones y actos estatales	89
2. Los diversos actos estatales	91
IX. El principio del carácter interorgánico de la Administración Pública	97
1. La administración del Estado y la separación orgánica de poderes	98
2. El régimen de la Administración Pública en la Constitución de 1999	99
X. El principio de los fines democráticos, sociales y de justicia del Estado	103
XI. El principio de la primacía y progresividad de los derechos constitucionales	110
1. El principio de la progresividad y la no discriminación	111
2. El principio de la libertad	113
3. La cláusula abierta de los derechos humanos, la preeminencia de los mismos y su aplicación inmediata	113
4. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos	115
5. La obligación de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de la reserva legal	119
XII. El principio de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos	120
1. La responsabilidad individual de los funcionarios públicos	121
2. La responsabilidad patrimonial del Estado	122
XIII. El principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales	128
1. La justicia constitucional: el carácter mixto o integral del sistema de control de constitucionalidad de los actos estatales	129
A. El control concentrado de la constitucionalidad	130
B. El control difuso de la constitucionalidad	133
2. La justicia administrativa: el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos	134
A. La constitucionalización del contencioso administrativo	134
B. El contencioso administrativo como fuero judicial de la Administración Pública	141

PRIMERA PARTE

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	143
§ I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO	153
I. La Administración Pública como complejo de órganos estatales	156
1. La Administración Pública como conjunto de órganos de las personas jurídicas estatales y la distribución vertical del poder público	156
A. El Estado y las personas jurídicas estatales	156
B. La distribución y división del poder público	157
C. Las personas jurídicas estatales	158
D. La Administración Pública y las personas jurídicas estatales	159
E. La clasificación de las personas jurídicas en el derecho administrativo	162
2. La Administración Pública como complejo orgánico y la división horizontal del poder público	163
A. La penta división del poder público nacional y la Administración Pública nacional	164
B. La división de los poderes públicos estatales y municipales y la Administración Pública estatal y municipal	165
II. La Administración Pública como actividad administrativa	166
1. La actividad administrativa realizada por órganos competentes conforme al principio de legalidad	166
2. La actividad administrativa como actividad de carácter sublegal conforme al principio de la formación del derecho por grados	169
3. La actividad administrativa y el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado	174
4. La finalidad de la actividad administrativa, sus formas y las relaciones jurídico administrativas	175
5. La consecuencia de la actividad administrativa: la responsabilidad	179
III. El objeto del derecho administrativo	180
§ 2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	183
I. El derecho administrativo como derecho del Estado de derecho	186
1. La supremacía constitucional	187
2. La limitación al poder público	187
3. La sumisión a la legalidad y el principio de la formación del derecho por grados	190

4.	La declaración constitucional de derechos y garantías	191
5.	Las garantías de la Constitución y de los derechos fundamentales, y el control judicial	193
II.	El derecho administrativo como derecho del Estado democrático y social	194
III.	El derecho administrativo y el equilibrio entre prerrogativas y poderes estatales y derechos e intereses individuales	197
IV.	El derecho administrativo como derecho que regula la actuación del Estado en relación con los administrados	200
V.	La Constitución como fuente del derecho administrativo	202
1.	Los artículos de la Constitución como fuente del derecho administrativo	203
A.	Los artículos constitucionales sobre ejercicio del poder público	204
B.	Los artículos constitucionales sobre distribución del poder público	205
C.	Los artículos constitucionales que consagran la reserva legal	206
D.	Los artículos constitucionales sobre derechos y garantías de las personas	206
E.	Los artículos constitucionales sobre el régimen fiscal, monetario y de la tributación	208
F.	Los artículos constitucionales sobre el control judicial de la actividad administrativa	209
2.	Los principios constitucionales	210
A.	Los principios constitucionales del preámbulo	210
B.	Los principios constitucionales enumerados en el texto fundamental	211
C.	Los principios constitucionales que derivan del texto fundamental	213
§ 3.	EL PROCESO DE HUIDA Y DE RECUPERACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	215
I.	La huida del régimen general de la organización administrativa	219
II.	La laboralización del régimen de la función pública	226
III.	La aplicación del derecho administrativo al ejercicio de la función administrativa	233
IV.	La penetración del poder legislativo en la función administrativa	236
V.	La proyección del derecho administrativo hacia actuaciones de personas jurídicas no estatales	239
VI.	La fática “privatización” del ejercicio de actividades administrativas	242

VII. La inexistencia de actos o de contratos estatales exclusivamente de derecho privado	247
VIII. La publicización progresiva del derecho privado	252
IX. La configuración del régimen de la responsabilidad administrativa	254
X. La expansión del contencioso administrativo	256
§ 4. CONCLUSIÓN INTRODUCTIVA:	
UN PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	265
I. Base constitucional del derecho administrativo	267
II. La organización administrativa nacional, estatal y municipal	272
III. El procedimiento administrativo	276
IV. El acto administrativo y los recursos en vía administrativa	278
V. Los contratos del Estado y el contrato administrativo	282
VI. El derecho administrativo sancionador	291
VII. La discrecionalidad administrativa	294
VIII. El control judicial de la Administración	296
IX. Otras técnicas de control de la Administración	305
X. La responsabilidad administrativa	307
XI. El servicio público y su régimen de competencia	311
XII. La función pública	317
XIII. El urbanismo, el medio ambiente y la ordenación del territorio	319
XIV. Los bienes públicos	322
SEGUNDA PARTE	
LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	327
§ 5. LAS CLASIFICACIONES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	331
I. La clasificación de las personas jurídicas en la Constitución y en el Código Civil	333
1. La clasificación según las disposiciones del Código Civil	333
2. Las clasificaciones según las disposiciones de la Constitución	339
II. El problema de la clásica y superada distinción entre las “personas públicas” y las “personas privadas”	339
1. La interaplicación del derecho público y del derecho privado a los diversos sujetos de derecho	342
2. La variedad de las formas jurídicas adoptadas para los sujetos de derecho	344
3. La integración de los diversos sujetos de derecho a la organización del Estado	346

4.	El sentido de las clasificaciones	350
III.	Los criterios para las clasificaciones de las personas jurídicas en el derecho administrativo	351
1.	La distinción entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado	351
2.	La distinción entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales	354
§ 6. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO		359
I.	Las personas jurídicas de derecho público	362
1.	Las corporaciones de derecho público	364
A.	Las comunidades públicas: las personas jurídicas de derecho público político territoriales	364
B.	Las comunidades indígenas	379
C.	Las comunidades religiosas: las iglesias	380
2.	Las corporaciones públicas	383
A.	Los colegios o gremios profesionales	383
B.	Las academias nacionales	387
3.	Las asociaciones de derecho público	388
4.	Las instituciones de derecho público: establecimientos públicos institucionales o fundacionales	390
A.	Los institutos autónomos	390
B.	El Banco Central de Venezuela	398
II.	Las personas jurídicas de derecho privado	400
1.	Las corporaciones de derecho privado (comunidades privadas)	402
A.	Las comunidades universitarias privadas: las universidades privadas	403
B.	Las comunidades políticas privadas: las organizaciones con fines políticos (partidos políticos)	404
C.	Las comunidades laborales privadas: las organizaciones sindicales (sindicatos)	409
2.	Las asociaciones de derecho privado	412
A.	Las sociedades civiles	413
B.	Las sociedades mercantiles	422
3.	Las instituciones de derecho privado (base patrimonial): las fundaciones	423

§ 7. LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES	431
I. Las personas jurídicas de derecho público estatales	433
II. Las personas jurídicas de derecho privado estatales	434
1. Las sociedades civiles del Estado (nacionales)	435
2. Las sociedades mercantiles del Estado	436
A. Las empresas del Estado	436
B. Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA)	440
3. Las fundaciones del Estado	441
III. El control estatal sobre las personas jurídicas estatales: la potestad de adscripción y el control de tutela	443

ABREVIATURAS

C.:	Constitución
C.C.:	Código Civil
C.Co.:	Código de Comercio
COPP:	Código Orgánico Procesal Penal
CPC:	Código de Procedimiento Civil
LOAP:	Ley Orgánica de la Administración Pública
LOPA:	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

INTRODUCCIÓN GENERAL
LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL
DERECHO PÚBLICO

El derecho administrativo¹ es la rama del derecho público que regula la organización, funcionamiento y actividades de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado, el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones del Estado con los ciudadanos². Como derecho del Estado y de los ciudadanos es, por tanto, una rama del derecho público que encuentra en la Constitución su fundamento detallado.

Por eso se habla en el mundo contemporáneo, de la constitucionalización del derecho administrativo, lo que ha ocurrido precisamente en la etapa de desarrollo y consolidación del derecho público y, por ende, del derecho constitucional y del derecho administrativo, que se inició en Venezuela con la elaboración de la Constitución de 1947, de muy corta vigencia³, y luego del interregno autoritario, con la redacción y entrada en vigencia de la Constitución del 23 de enero de 1961⁴, bajo cuyo manto normativo se produjo, además, tanto el proceso de democratización del país como de la conformación del Estado social y democrático de derecho⁵.

-
- 1 Las obras generales sobre derecho administrativo que se han publicado en Venezuela son las siguientes: J. M. HERNÁNDEZ RON, *Tratado elemental de derecho administrativo*, Caracas, Edit. Las Novedades, 1942; TOMÁS POLANCO, *Derecho administrativo especial*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1958; CÉSAR TINOCO R., *Nociones de derecho administrativo y Administración Pública*, Caracas, Edit. Arte, 1958; ANTONIO MOLES CAUBET, *Lecciones de derecho administrativo* (1960), Caracas, Edit. Mohingo, 1975; ELOY LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo* (1964), 12.ª ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964; id., *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975; ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA y GUSTAVO URDANETA TROCONIS, *Derecho administrativo I*, guía de estudio, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982; id., *Derecho administrativo II*, Caracas, Universidad Nacional Abierta, 1983; JOSÉ PEÑA SOLÍS, *Lineamientos del derecho administrativo*, vol. I, “La organización administrativa venezolana”, vol. II, “El derecho administrativo y sus fuentes”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997; id., *Manual de derecho administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000; ANTONIO IZQUIERDO TORRES, *Derecho administrativo especial*, Caracas, 1997; GALSUINDA VEDA PARRA MANZANO, *Manual de derecho administrativo*, Valencia, Vadell Hermanos, 2005.
 - 2 Como se verá más adelante (*primera parte*, I), esta definición más descriptivamente permite identificar al derecho administrativo por su objeto, como la rama del derecho que estudia los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman el Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativa y los administrados, que moldean las formas de la actividad administrativa.
 - 3 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las constituciones de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, pp. 991 y ss.
 - 4 Cfr. id., *La Constitución y sus enmiendas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991; id., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, “Evolución histórica del Estado”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 391 y ss.
 - 5 Cfr. id., *Cambio político y reforma del estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado democrático y social de derecho*, Madrid, Edit. Tecnos, 1975.

Fue precisamente durante las casi cuatro décadas de aplicación de este Texto Fundamental de 1961, el que más tiempo de vigencia ha tenido en toda la historia constitucional venezolana, cuando se configuraron los principios fundamentales del derecho público que condicionan tanto al derecho constitucional como al derecho administrativo contemporáneos, y que fueron recogidos por la Constitución del 30 de diciembre de 1999⁶.

Esos principios, o si se quiere, las bases constitucionales del derecho administrativo que conforman el tronco jurídico común del derecho constitucional y administrativo, construidos paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia durante las décadas de vigencia de la Constitución de 1961⁷, son los que, una vez recogidos en la Constitución de 1999⁸, resulta indispensable someter a examen en esta “Introducción general”⁹, antes de entrar a estudiar en detalle el contenido de nuestra disciplina; lo que haremos agrupándolos en la siguiente forma: en *primer lugar*, el principio de la supremacía constitucional y de la aplicación directa de la Constitución; en *segundo lugar*, el principio de la formación del derecho por grados y de la jerarquía de los actos estatales; en *tercer lugar*, el principio de legalidad y la supranacionalidad; en *cuarto lugar*, el principio de la distribución vertical del poder público; en *quinto lugar*, el principio de la personalidad jurídica del Estado y las personas estatales; en *sexto lugar*, el principio de la separación

6 La Constitución de 1999 fue aprobada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial* n.º 36.660 del 30 de diciembre de 1999. Posteriormente fue publicada con correcciones en *Gaceta Oficial* n.º 5.453 extra. del 24 de marzo de 2000. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000; id., *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004.

7 Esa etapa de desarrollo del derecho público, sin duda, se pudo cumplir dado el invaluable aporte doctrinal que desde inicios de los años sesenta se realizó desde el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, en lo que fue la etapa más pujante e innovadora de esa Institución, cuando además se publicó el *Archivo de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración*; y desde la Maestría de Derecho Administrativo de la misma Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas; esfuerzo que bajo otro ángulo se siguió, a partir de 1980, desde las páginas de la *Revista de Derecho Público* de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana; y más recientemente, además, desde las páginas de la *Revista de Derecho Constitucional* y de la *Revista de Derecho Administrativo* de la Editorial Sherwood; así como de las actividades desplegadas desde la Fundación de Derecho Público establecida en los años ochenta; desde la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda) establecida a comienzos de los noventa; y más recientemente, desde la Fundación de Estudios Constitucionales, Legislativos y Administrativos (Cecla).

8 Cfr. nuestras propuestas en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Caracas, Fundación de Derecho Público, 1999.

9 Estos principios, en particular, fueron conformando el Curso sobre Derecho Administrativo Profundizado que dictamos durante lustros en la Maestría de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios fundamentales del derecho público (constitucional y administrativo)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

orgánica de poderes; en *séptimo lugar*, el principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado; en *octavo lugar*, el principio del carácter inter funcional de los actos estatales; en *noveno lugar*, el principio del carácter inter orgánico de la Administración Pública; en *décimo lugar*, el principio de los fines democráticos, sociales y de justicia del Estado (Estado democrático y social de derecho y de justicia); en *undécimo lugar*, el principio de la primacía y progresividad de los derechos constitucionales; en *duodécimo lugar*, el principio de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos; y en *decimotercer lugar*, el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales.

I. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

El primero de los principios del derecho público establecidos en la Constitución de 1999, siguiendo los principios fundamentales de la organización del Estado esenciales al constitucionalismo moderno, es el de la supremacía constitucional regulado en forma expresa en el artículo 7.º, que precisa que “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, a la cual quedan sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el poder público”¹⁰; constituyendo, además, como uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios, el “cumplir y acatar” la Constitución (art. 131)¹¹. Como lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo:

La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social,

10 Nos correspondió proponer en la Asamblea la consagración en forma expresa de dicho principio constitucional. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, “9 septiembre-17 octubre 1999”, Caracas, Fundación de Derecho Público y Edit. Jurídica Venezolana, 1999, p. 24.

11 En cuanto a la sujeción del legislador a la Constitución, la Sala Constitucional en sentencia 488 del 30 de marzo de 2004, caso Impugnación de los artículos 11 y 91 numeral 29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, ha estimado que “al ser la Constitución *la norma primaria a la cual debe sujetarse el ordenamiento jurídico*, la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados, sino además los supremos fines por ella perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional, es decir, que el legislador no es un simple ejecutor de los principios constitucionales sino que por el contrario en ejercicio de sus funciones goza de una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 104.

al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos. El principio de supremacía de la Constitución, responde a estos valores de cuya realización depende la calidad de vida y el bien común¹².

Es indudable, por supuesto, que para que una Constitución sea efectivamente la ley suprema de una sociedad debe ser producto de ella misma, del acuerdo, pacto o consenso de sus componentes, y no de imposiciones de un grupo sobre otros. Las constituciones impuestas por un grupo al resto de los integrantes de la sociedad generalmente tienen no sólo una precaria supremacía, sino una duración limitada a la permanencia en el poder del grupo que la impuso. Por ello la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 9 de noviembre de 2000 ha destacado lo que considera un “hecho fundamental” aunque no siempre “evidente a simple vista”, en el sentido de que “la Constitución es suprema en tanto es producto de la autodeterminación de un pueblo, que se la ha dado a sí mismo sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas. Así, la Constitución viene a ser, necesariamente, la norma fundamental a la cual se encuentran vinculadas las múltiples formas que adquieren las relaciones humanas en una sociedad y tiempo determinados”¹³.

Siendo la Constitución la norma suprema, la misma tiene aplicabilidad inmediata en el orden interno, y no admite que pueda haber una norma superior a ella, salvo en relación con el régimen de los derechos humanos. El carácter normativo de la Constitución, por tanto, como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, constituye “uno de los grandes avances del Derecho Público” de manera que incluso, la jurisdicción constitucional “sólo puede basarse en la afirmación del carácter normativo del Texto Fundamental” pues “sería imposible censurar al legislador en caso de que sus actos se aparten de la Carta Magna y, en consecuencia, anularlos, si no estuviera sometido a mandatos categóricos consagrados por el Constituyente”¹⁴. Por ello, “el principio

12 Cfr. sentencia 33 del 25 de enero de 2002, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 399.

13 Cfr. sentencia 1347 del 9 de noviembre de 2001 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 265.

14 Cfr. sentencia 1278 del 17 de junio de 2005, caso Aclaratoria de la sentencia interpretativa sobre los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución, *Revista de Derecho Público*, n.º 102, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

de supremacía constitucional justifica el poder de garantía constitucional que ejerce [la] Sala Constitucional, al cual atienden los artículos 334 y 335 C. Es decir, tal principio tiene carácter fundamental”¹⁵.

2. EL PRINCIPIO DE LA APLICABILIDAD INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN

El principio de la supremacía constitucional siempre ha implicado, en el orden interno, el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, en el sentido de que la Constitución debe considerarse como una norma obligatoria, con fuerza coactiva inmediata y por sí misma¹⁶, que crea derechos y obligaciones directamente ejercibles y exigibles. Así lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia 963 del 5 de junio de 2001 (caso José A. Guía y otros vs. Ministerio de Infraestructura), en relación con el carácter normativo de la Constitución, del cual puede inferirse que la misma:

[Es] un instrumento con aliento jurídico que vincula, en grado a la naturaleza del precepto aplicable, tanto a los órganos del poder público como a los particulares; en segundo lugar, que la propia Constitución otorga o impone situaciones jurídicas constitucionales –según se trate de derechos o deberes– con referencia a valores indispensables al aseguramiento de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas; y finalmente, que la Constitución ha diseñado un sistema garantizador de tales situaciones jurídicas constitucionales, en el cual el poder judicial juega un papel de primer orden¹⁷.

Esto tiene particular importancia precisamente en materia de derecho administrativo, cuyas normas en gran parte son reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales, pues implica que aun en ausencia de leyes reglamentarias tales derechos pueden ejercerse, quedando proscritas las llamadas normas constitu-

15 Cfr. sentencia 33 del 25 de enero de 2002 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 400 y ss.; citada también en sentencia 331 del 13 de marzo de 2001, *ibíd.*, pp. 391 y ss.

16 Cfr. BREWER-CARIAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. 1, “Evolución histórica del Estado”, cit., pp. 501 a 505. La Sala Constitucional en tal sentido ha indicado en sentencia 2073 del 4 de agosto de 2003 ha señalado que “La aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales, ha sido doctrina de esta Sala contenida en fallos del 20 de enero de 2000, 30 de junio de 2000 y 22 de agosto de 2001, casos: Emery Mata, Dilia Parra y Asodevipirilara, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 214. Cfr. además, sentencia de la misma Sala Constitucional n.º 1387 del 21 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 286

17 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 447.

cionales programáticas¹⁸. Respecto de estas, por otra parte, ya la antigua Corte Suprema de Justicia había modificado su propia jurisprudencia anterior que admitía las normas programáticas¹⁹, estableciendo que dichas normas no cabían en el orden constitucional, lo que por supuesto ratifica expresamente el artículo 22 C. de 1999 al disponer que la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos no menoscaba el ejercicio de los mismos; es decir que para poder ejercerse los derechos constitucionales no se requiere de ley preexistente, bastando con la norma constitucional o de los respectivos tratados, pactos o convenios internacionales. Sobre ello, sin embargo, la Sala Constitucional se ha reservado, sin fundamento constitucional alguno, la potestad de resolver sobre la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales relativas a derechos humanos cuando no exista ley reglamentaria, contrariando el sentido de la previsión constitucional. Así, en su afán de concentrar la justicia constitucional, en forma inapropiada la Sala se ha reservado la justiciabilidad de ciertos derechos, señalando que:

Las normas constitucionales tienen vigencia plena y aplicación directa, y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aun no desarrolladas legislativamente, hasta que las leyes que regulan la jurisdicción constitucional, decidan lo contrario²⁰.

Pero en general sobre el carácter normativo de la Constitución y el tema de las “normas programáticas”, la jurisprudencia no ha sido precisamente constante. En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 1278 del 17 de junio de 2005, al referirse particularmente a los artículos 156, 180 y 304 C. que los mismos no tienen tal carácter de normas programáticas, sino que por el contrario, “su lectura revela su naturaleza normativa: son previsiones de aplicación obligatoria e inmediata, sin necesidad alguna de desarrollo legislativo ni de declaraciones judiciales”, agregando sin embargo, que:

Por supuesto, no toda disposición constitucional es de aplicación directa e inmediata. Las Constituciones son, entre otras cosas, textos en los que las sociedades jurídicamente

18 Cfr. JOSÉ RAFAEL MENDOZA MENDOZA, “Normas programáticas u operativas”, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 151 a 166.

19 Cfr. las referencias en BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, “Evolución histórica del Estado”, cit., pp. 501 a 505.

20 Cfr. sentencia 332 del 14 de marzo de 2001, caso INSACA vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 492.

organizadas regulan su estructura y funcionamiento, así como precisan el alcance de los derechos ciudadanos y de las potestades públicas, pero también son textos en los que se exponen los deseos de esa misma sociedad —a veces de difícil realización— y los medios que, para satisfacerlos, han ideado.

Las disposiciones constitucionales, por ello, son de muy diverso contenido. Rara vez se encontrarán disposiciones legales o sublegales que consistan en declaraciones de propósitos. En cambio, las Constituciones sí suelen incluir declaraciones de la más variada índole. Basta leer el Preámbulo que antecede a muchas de ellas, como es el caso venezolano, para confirmar este aserto.

Ahora, al ser la Constitución el documento en el que se reflejan los valores generalmente compartidos por la sociedad de que se trate, esas declaratorias de propósitos tienen un indudable valor, tanto para los órganos del Estado, que deben orientarse por ellas, como para los jueces, en especial esta Sala como máxima tutora judicial de la constitucionalidad. Los diversos cometidos que el Estado asume son órdenes que deben ser ejecutados. De poco serviría un texto carente de vinculación para sus destinatarios: autoridades públicas y particulares.

Lo que sí resulta cierto es que, aunque pueda afirmarse que toda la Constitución contiene disposiciones que deben ser ejecutadas, no todas son de naturaleza idéntica: algunas son mandatos al legislador para que, haciendo uso de su libertad de apreciación y decisión, escoja los mecanismos más idóneos para dar satisfacción al propósito del Constituyente. Es el caso, precisamente, de las llamadas normas *programáticas*: aquellas que, inspiradas en un fin, prevén la necesidad de materializarlo, pero dejan su desarrollo al legislador, representante de la voluntad popular.

Una disposición programática no contiene un mandato directamente ejecutable por toda la colectividad: tiene destinatarios específicos, que deben desarrollarlo de manera tal que el propósito perseguido logre cumplirse. Antaño existió la tendencia a estimar como programáticas disposiciones que no lo eran, desconociendo su naturaleza. Hoy en día, en buena medida gracias a la interpretación del Máximo Tribunal, se deslindaron las disposiciones programáticas (mandatos al legislador, por lo general) de las inmediatamente ejecutables por todas las autoridades públicas y los particulares²¹.

En esta misma línea de argumentación, por ejemplo, la Sala Constitucional ha considerado que “del texto del artículo 86 de la Constitución de 1999, se evidencia que el mismo contiene una norma programática que responde a una estrategia construida en función de la realización de los valores y fines del Estado, y es por ello que la misma, impone una obligación al Estado de crear un sistema

21 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 38.220 del 1.º de julio de 2005. Igualmente en *Revista de Derecho Público*, n.º 102, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

de seguridad social universal”²². En otra sentencia, sin embargo, pero esta vez dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en cambio, se afirma que “la Constitución no puede consagrar cláusulas programáticas de las cuales pueden emerger derechos posteriores a la acción legislativa, ni tampoco depender de la programada actividad gubernativa sujeta siempre a la interacción de ingresos y gastos, y a la supuesta programación presupuestaria”²³. En igual sentido, otra de las salas del Tribunal Supremo, la Sala Electoral, en sentencia 51 del 19 de mayo de 2000, decidió que:

[De] acuerdo al constitucionalismo moderno y considerando que la recién promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que lo era la Constitución de 1961, es un sistema de normas, conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, no podría ser considerada como un documento político contentivo de “programas”, que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso legislativo, por tanto, considera esta Sala que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente, hecho éste al que alude la parte recurrente como indispensable. De esta manera, sería inaceptable calificar una norma como programática, por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional²⁴.

Ahora bien, en particular, en cuanto a los preceptos orgánicos de la Constitución, es decir, a las normas relativas a los órganos que ejercen el poder público y sus competencias, el tema de la aplicación inmediata del Texto Fundamental es esencial.

En efecto, la Constitución entre otras, cumple una función organizadora de la cual se desprenden, a su vez, tres principios básicos acerca del modo como se relacionan los órganos titulares de los poderes públicos:

En primer lugar, el principio de competencia, el cual actúa como un instrumento ordenador del ejercicio del poder una vez que éste es legitimado; seguidamente, el principio de separación de poderes, conforme al cual la Constitución le asigna a diversas instituciones la operación de determinadas funciones públicas en torno a un ámbito objetivo más o menos específico; y tercero: el principio de legalidad, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático. Dichos principios, en tanto

22 Cfr. sentencia 1197 del 17 de octubre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 157.

23 Cfr. sentencia 885 del 5 de octubre de 2000, caso José Rojas y otros vs. Instituto Nacional de Hipódromos, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 106.

24 Caso Simón Sáez y otros vs. Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 141.

fundamentales del Estado de Derecho, exigen la distribución de funciones entre diversos órganos y la actuación de éstos con referencia a normas prefijadas, ya sea como un modo de interdicción de la arbitrariedad o como mecanismos de eficiencia en el cumplimiento de los cometidos del Estado; pero, al mismo tiempo, y a través de su correcta aplicación y de su recto desempeño, garantizan los objetivos de unidad política y convivencia pacífica²⁵.

Son estos principios de organización, precisamente, los que la Sala Constitucional también ha considerado como de vigencia y aplicación inmediata, no siendo necesaria la sanción previa de las leyes que desarrollen lo dispuesto en la Constitución, para que tengan efectividad. Así lo sostuvo en sentencia 1 del 20 de enero de 2000 (caso Emery Mata Millán), al expresar:

Los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional²⁶.

En definitiva, la Sala Constitucional ha estimado que siendo la Constitución un “sistema de normas”, ello:

[C]onduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, [por lo que] no podría considerarse como un documento político contentivo de “programas”, que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso legislativo; por tanto, considera esta Sala que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente [...] De esta manera, sería inaceptable calificar una norma como programática por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional²⁷.

El principio de la aplicabilidad inmediata de la Constitución tiene un particular interés para el derecho administrativo, en el sentido de que en ausencia de ley

25 Cfr. sentencia 23 del 22 de enero de 2003, caso Interpretación del artículo 71 de la Constitución, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 530.

26 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 225 y ss. Cfr. además, sentencias 520 del 7 de junio de 2002 de la Sala Constitucional, caso Mercantil Internacional, C. A. vs. Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 536 y ss.; y 2748 del 20 de diciembre de 2001, caso Fiscal General de la República vs. Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 390.

27 Cfr. sentencia 51 del 19 de mayo de 2000 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 139 a 141.

reglamentaria la competencia de los órganos del Estado o el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales es el que está establecido en la Constitución²⁸, no pudiendo la Administración, dado el principio de la reserva legal, suplir la ausencia de la ley reguladora. En particular, por supuesto, respecto de los derechos constitucionales, la aplicación inmediata de las normas constitucionales contentivas de garantías de los mismos ha sido criterio general sostenido por la jurisprudencia²⁹.

Por último, debe señalarse que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del ordenamiento jurídico, conforme a una tradición normativa que se remonta al texto de la Constitución de 1811, se acompaña con la prescripción expresa de la obligatoriedad de sus normas para todos los órganos que ejercen el poder público y los particulares. Por eso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1347 del 9 de noviembre de 2000 ha señalado que de la supremacía deriva que la:

... Constitución ostente, junto con el ordenamiento jurídico en su totalidad, un carácter normativo inmanente; esto es, un deber ser axiológico asumido por la comunidad como de obligatorio cumplimiento, contra cuyas infracciones se activen los mecanismos correctivos que el propio ordenamiento ha creado. La Constitución, también, sin que pueda ser de otro modo, impone modelos de conducta encaminados a cumplir pautas de comportamiento en una sociedad determinada³⁰.

La consecuencia de la consagración expresa del principio de la supremacía constitucional es, por una parte, la previsión en el propio texto constitucional de todo un sistema para la protección y garantía de esa supremacía constitucional frente a las leyes a través del control de su constitucionalidad, lo cual, sin duda, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de derecho³¹. Entre ellos está, por una parte, la

28 En sentencia 2748 del 20 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional ha dicho: “Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las Constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa”, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 390.

29 Cfr. sentencia 609 del 25 de marzo de 2002 de la Sala Constitucional, caso Universidad Yacambú vs. Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 147.

30 Cfr. sentencia 1347 del 9 de noviembre de 2000 de la Sala Constitucional, caso Recurso de interpretación constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 264 y ss.

31 Cfr. BREWER-CARIAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, “Evolución histórica del Estado”, cit. pp. 47 y ss.

previsión del control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes³², y por otra, la obligación de todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución (art. 334).

3. LA SUPRA CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, en materia de derechos humanos, el principio de la supremacía constitucional cede ante las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, los que no sólo tienen también jerarquía constitucional, sino que incluso prevalecen en el orden interno (constitucional o legal), conforme lo establece el artículo 23 de la propia Constitución, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República”, siendo además “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en relación con el artículo 8.º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la revisión o apelación de las sentencias (garantía de la doble instancia), razón por la cual normas legales que excluyen el derecho de apelar de fallos han sido declaradas inaplicables por contrariedad a la Convención, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo³³.

Sobre esta norma que le otorga rango constitucional e, incluso, supra constitucional a esos instrumentos internacionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha puntualizado en sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 (caso Impugnación de diversos artículos del Código Penal) que del artículo 23 constitucional se desprenden dos elementos claves:

- 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos [...] Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los tratados, pactos y convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos

32 Cfr. en general id., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, “Justicia constitucional”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997.

33 Cfr. sentencia 802 del 13 de abril de 2000 de la Sala Político Administrativa, caso C. A., Electricidad del Centro (ELECENRO) y Compañía Anónima de Electricidad de los Andes (CADELA) vs. Procompetencia, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 270 y ss.

humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales³⁴.

La Sala, por lo demás, sin que ello pueda derivarse de lo que la Constitución establece, reivindicó para sí en esta materia su carácter de máximo y último interprete de la misma y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos, respecto de los cuales consideró que, por adquirir jerarquía constitucional e integrarse a la Carta Fundamental en vigor, “el único capaz de interpretarlos, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y que es la Sala Constitucional, y así se declara”. De allí la Sala señaló que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”³⁵.

En realidad, debe señalarse que esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez constitucional, por ejemplo, al ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo. La pretensión de la Sala Constitucional de concentrar toda la justicia constitucional en nuestro criterio no se ajusta al Texto Fundamental y al sistema de justicia constitucional que regula, de carácter mixto e integral.

La posición de la Sala en esa sentencia, en todo caso, constituyó una inadmisibles reacción contra los órganos jurisdiccionales de orden internacional en materia de derechos humanos, mediante la invocación del principio de la supremacía constitucional, pero ignorando la propia disposición constitucional que garantiza la prevalencia de las normas internacionales sobre derechos humanos si contienen disposiciones más favorables que las previstas en la propia Constitución. En ese orden de ideas, en la misma sentencia comentada la Sala señaló sobre su propia competencia, que:

No puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en tratados ni en otros textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la convención o pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos

34 Cfr. sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 135 y ss.

35 *Ibid.*, p. 137.

Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

Agregó la Sala, además, que a las decisiones de los organismos se les debe dar cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen la supremacía constitucional (art. 7.º); pero:

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza³⁶.

II. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

El segundo principio fundamental del derecho público consagrado en la Constitución es el principio de la jerarquía de las normas o de la formación del derecho por grados, de particular interés para el derecho administrativo, dado que la actividad de la Administración, que por esencia regula, es siempre una actividad de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

I. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL SISTEMA JERARQUIZADO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En efecto, en todos los ordenamientos jurídicos modernos puede encontrarse una distinción entre las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior, y las normas que son sancionadas por una autoridad con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, particularmente en aquellos sistemas con Constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y la legislación ordinaria; y luego,

36 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 137.

entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior.

De ello deriva, como se ha dicho, el segundo principio fundamental del derecho público en la Constitución de 1999: el de la formación del derecho por grados.

Este principio tiene su origen en la teoría de HANS KELSEN sobre el orden jurídico como sistema de normas de derecho, el cual constituye una unidad con la multitud de normas que lo integran porque está estructurado en forma jerarquizada. Ello permite determinar la relación jerárquica que existe entre el conjunto de normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento, de manera que cada norma del mismo normalmente deriva de otra, y esta cadena de derivaciones tiene su vértice precisamente en un *Grundnorm* o Constitución, que constituye la última razón que justifica la existencia de todas las normas del sistema.

El orden jurídico, para KELSEN, regula su propia creación, en el sentido de que una norma jurídica determina la forma en que es creada, de manera que:

Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras del lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico³⁷.

En otras palabras del mismo KELSEN:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando en el análisis final su validez depende de una norma o ley única. Esta norma fundamental

37 H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1958, p. 146; id., *General Theory of Law and State*, WEDBERG (trad.), 1901, pp. 110 y ss.

es la fuente común de validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden y que forma su unidad. En esta forma, una norma pertenece a un orden dado cuando sólo existe la posibilidad de hacer que su validez dependa de la norma fundamental que es la base de tal orden³⁸.

Esta “Teoría de la pirámide jurídica”, como el mismo Kelsen la denominó³⁹, o de la formación escalonada del sistema jurídico⁴⁰, con la Constitución en la cúspide, fue desarrollada particularmente en el campo del derecho administrativo por ADOLF MERKL⁴¹; perteneciente a la misma llamada “Escuela de Viena”, particularmente en relación con las funciones del Estado, de manera que la función administrativa siempre es de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa de la legislación, y sólo indirecta de la Constitución. La teoría, en todo caso, proporciona un buen método de orden lógico para construir un sistema contentivo de los diversos niveles normativos del ordenamiento jurídico de cualquier Estado contemporáneo. También suministra una explicación lógica para determinar la validez formal de cada uno de esos niveles normativos.

En efecto, el derecho positivo de cualquier Estado consiste no sólo en las leyes como actos formales emanados del Parlamento, sino también en otros actos normativos, como los decretos leyes, los reglamentos y los principios generales del derecho. Todos estos preceptos que hacen que el ordenamiento jurídico se aplique en un momento determinado, no sólo tienen orígenes diferentes sino también diferentes jerarquías o grados distintos, de manera que no se pueden considerar como normas coordinadas situadas en yuxtaposición⁴². Al contrario, todo ordenamiento jurídico tiene una estructura jerarquizada con sus normas distribuidas en diferentes niveles, más o menos una sobre la otra. Dentro de esta jerarquía, necesariamente debe haber una conexión formal entre las normas, pues a pesar de sus orígenes y características diferentes están orgánicamente relacionadas.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede ser interpretado como un mero agregado de componentes inorgánicos y desordenados, o simplemente como una mera yuxtaposición causal de normas. Al contrario, para poder comprender a cabalidad el ordenamiento jurídico de un Estado, todos esos

38 Íd., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1981, p. 135.

39 Íd., *Teoría general del Estado*, LUIS LEGAZ LACAMBRA (trad.), México, Editora Nacional, 1954, p. 325.

40 Cfr. ROBERT WALTER, *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 55 y ss.; JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA, “La teoría del escalonamiento normativo y la creación de normas constitucionales. Un análisis aplicado al caso colombiano”, en LUIS VILLAR BORDA (comp.), *Hans Kelsen 1881-1973*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 175 y ss.

41 Cfr. ADOLF MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, pp. 7 a 62. Cfr. también H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'Étranger*, Paris, 1928, pp. 197 a 257.

42 Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 147.

componentes deben organizarse en forma jerárquica, de manera que formen un sistema jurídico con diferentes tipos de normas unificadas y relacionadas. En otras palabras, deben responder a un orden sistemático, con relaciones de dependencia entre las diferentes partes, partiendo de la existencia de una base común de validez, con la forma de ley fundamental y superior (Constitución), de manera que la creación de una norma legal siempre se basa en otra norma legal.

Por ejemplo, la sanción de leyes ordinarias o actos del Parlamento está regulada por la Constitución⁴³; y la potestad para reglamentar las leyes y la forma en que debe hacerse está regulada por las leyes formales. En cuanto a las decisiones judiciales y a las actuaciones de los tribunales, las mismas están sujetas a normas legales establecidas en leyes formales y en reglamentos. Asimismo, los actos administrativos están sometidos a las leyes ordinarias y a los reglamentos; y así sucesivamente.

Con este método, en consecuencia, en el análisis global del ordenamiento jurídico se puede establecer una distinción entre aquellos actos de Estado que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de poderes constitucionales⁴⁴, y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución y que se dictan en ejercicio directo de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Estos son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación, y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

2. LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Este principio de la formación del derecho por grados es uno de los principios fundamentales del derecho público que adopta la Constitución de 1999, conforme al cual todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema “cúspide del ordenamiento jurídico”⁴⁵, en

43 Por ejemplo, la Sala Político Administrativa, en sentencia 733 del 30 de marzo de 2000, al referirse a las “leyes en sentido formal, es decir, aquellos actos generales y abstractos sancionados por un *cuero legislativo*”, entiende, “si se toma en cuenta la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico”, que “las disposiciones de carácter legal se encuentran inmediatamente después del texto constitucional”, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 216.

44 Nos correspondió proponer en la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente en septiembre de 1999, la incorporación al artículo 336.2 de la Constitución de 1999 de la expresión actos “dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución” a los efectos de precisar las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia del control concentrado de la constitucionalidad.

45 Cfr. sentencia 833 del 25 de mayo de 2001 de la Sala Constitucional, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 373.

forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución, y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución⁴⁶.

En efecto, partiendo de la consideración de la Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara incluso su propio artículo 7.º, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interpongan entre la Constitución y la actividad. Por ejemplo, la actividad legislativa de la Asamblea Nacional o la actividad de gobierno del Presidente de la República. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino básicamente en las leyes, donde por principio existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Por ejemplo, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

El primer grupo de actividades, es decir, las realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el Texto Fundamental, no teniendo competencia el legislador para regularlas mediante leyes⁴⁷; en cambio, las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, por eso mismo, además de estar sometidas al Texto Fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Las actividades que se realizan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por otra parte, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (arts. 334, 336,2 y 4); en cambio, las actividades que se

46 Cfr. sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el orden constitucional venezolano, BREWER-CARIAS, *Derecho administrativo*, t. 1, cit., pp. 373 y ss.; *Instituciones políticas y constitucionales*, t. 1, "Evolución histórica del estado", cit., pp. 107 a 117.

47 Por ello, la Sala Constitucional, en sentencia 6 del 27 de enero de 2000, indicó que "dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo", *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 212 y 215. Dichos actos, por tanto, ha dicho la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia del 14 de septiembre de 1993 "desde el punto de vista de su rango, son equiparables a la ley"; citada en sentencia de la misma Sala 954 del 27 de abril de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 556 y ss.

realizan en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución, están sometidas al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponde a las otras jurisdicciones del poder judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la casación en lo que concierne a la actividad judicial, como a la contencioso administrativa y a la contencioso electoral (arts. 259 y 297) cuando se trata de actividades administrativas⁴⁸.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello es que son esencialmente de carácter sublegal, aun cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto.

Sin embargo, este principio fundamental del constitucionalismo venezolano ha sido lamentablemente violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para justificar su supuesta competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, realizado durante el año 2004, impidiendo así a la Sala Electoral (jurisdicción contencioso electoral) ejercer sus competencias constitucionales de control de dicha actividad⁴⁹.

48 Como lo ha señalado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1268 del 6 de julio de 2004, al referirse a los actos dictados por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del propio Tribunal Supremo: “por cuanto no se trata, el que fue impugnado, de un acto del poder público que hubiere sido dictado en ejecución directa de la Constitución, sino en ejercicio de función administrativa y, por ende, de rango sublegal, no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la que tiene competencia para su control. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la demanda de nulidad que en su contra se formuló y así se decide”, *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 230.

49 Cfr. la sentencia de avocamiento 566 del 12 de abril de 2004, caso Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral, con motivo de la impugnación de la Resolución 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y de un instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 228 y ss. Cfr. los comentarios en ALLAN R. BREWER-CARIAS, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, Ediciones Libros El Nacional, 2004, pp. 133 y ss.

En esta materia, lo que en ningún momento puede confundirse es el principio de aplicación directa de las normas constitucionales, antes analizado, es decir, el principio según el cual hay “normas constitucionales de aplicación directa e inmediata”, como por ejemplo aquellas que atribuyen competencia a los órganos del Estado y aquellas que declaran derechos y garantías constitucionales, con el principio de “los actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución”. Es decir, una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del poder público no requieren (pero no excluyen) la existencia previa de leyes para poder ser aplicadas, y otra cosa es el rango que tienen los diversos actos dictados por los órganos en ejercicio del poder público en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal), no siendo posible su regulación por ley, y otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, pudiendo esencialmente ser regulados por la ley (rango sublegal)⁵⁰. Por ello es que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por ley alguna⁵¹. En cambio, los de carácter sublegal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, el reglamento y las otras fuentes del derecho, y por eso es que su control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y, en su caso, a la jurisdicción contencioso electoral.

De lo anterior resulta que toda actividad administrativa es ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado), y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre

50 Lamentablemente, la Sala Constitucional en la citada sentencia 566 del 12 de abril de 2004, para impropriamente atribuirse una competencia que no tenía, confundió la noción de “actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución” con las “normas constitucionales de aplicación directa e inmediata”. Se insiste, los primeros, los actos de “ejecución directa e inmediata de la Constitución”, no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal que se dicte: ídem.

51 Cfr. lo expuesto por la Sala Constitucional en el sentido de que de todos los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución caen bajo el control de la jurisdicción constitucional, en sentencia 357 del 11 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 447.

de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra actividad, de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el poder judicial.

3. LOS ACTOS ESTATALES DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN (ACTOS DE RANGO LEGAL)

De lo anteriormente indicado, como lo ha señalado la Sala Constitucional en sentencia 2.748 del 20 de diciembre de 2001:

[La] calificación de acto dictado en ejecución directa de la Constitución, esta referida a la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto⁵².

En consecuencia, en el ámbito nacional, son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución los actos legislativos, los decretos leyes y los actos de gobierno.

Los actos legislativos son las leyes (arts. 187,1), es decir, los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 203)⁵³; y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Sobre estos, la Sala Constitucional ha señalado que entre “los actos con rango

52 Cfr. caso Fiscal General de la República vs. Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 390. Por ello, la Sala Constitucional en sentencia 32 del 26 de marzo de 2003, caso Desiré Santos A. vs. Consejo Nacional Electoral, al referirse al acto de convocatoria de un referendo dictado por el Consejo Nacional Electoral, y rechazar el pretendido rango legal que se le quería atribuir a los efectos de su régimen de impugnación y supuesta competencia de la Sala Constitucional, señaló que: “Lo contrario sería considerar –como aparentemente pretende argüirse con este alegato–, que la instrumentación de cualquier institución, derecho o principio constitucional mediante el correspondiente acto de normación, constituye un acto de ejecución directa o inmediata de la Carta Fundamental, argumento que, llevado a sus más extremas consecuencias, conllevaría a concederle tal rango a prácticamente todo el ordenamiento jurídico, puesto que el mismo, en última instancia, constituye un mecanismo de aplicación o desarrollo de la normativa constitucional”, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 490.

53 Sobre una noción absolutamente restrictiva de “ley” cfr. la sentencia 2353 del 23 de noviembre de 2001 de la Sala Constitucional, caso Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 387.

de ley (de ejecución directa en inmediata de la Constitución), distintas a las leyes nacionales, que sean dictados por la Asamblea Nacional”:

[Se] encuentran tanto los actos de instalación y funcionamiento de las sesiones de la Asamblea Nacional, subsumibles en la categoría de actos legislativos sin forma de ley, como el Reglamento Interior y Debates de la Asamblea Nacional, normativa de rango legal por el que se establece la organización interna del órgano legislativo Nacional y los procedimientos que internamente deben seguir sus integrantes para el desempeño de sus funciones, por ser ambas modalidades de actos legislativos (los primeros sin forma de ley y el último con forma de ley), resultado de la ejecución directa e inmediata de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional⁵⁴.

También pueden considerarse como actos con rango y valor de ley los decretos leyes o decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203 y 236.8), los dictados en materia de organización ministerial (art. 236.20) y los dictados en estado de excepción (arts. 236.7 y 337).

Los actos de gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales⁵⁵, y que por ello no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 236.3, 9, 19 y 21).

Por otra parte, debe indicarse que conforme a la doctrina de la Sala Constitucional, al referirse a los “decretos leyes dictados por el Ejecutivo (artículo 336, numeral 10), producto de leyes habilitantes”, ha señalado que dichos “actos con rango de ley, y como leyes son de igual naturaleza que la normativa dictada por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia en el ejercicio del artículo 267 constitucional”⁵⁶ que se refiere al gobierno y administración del poder judicial.

54 Sentencia 2820 del 28 de octubre de 2003, caso Impugnación de la primera sesión extraordinaria de la Asamblea Nacional celebrada el 19 de diciembre de 2002 y de la Reforma Parcial del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, *Gaceta Oficial* n.º 37.601, 2 de enero de 2003, y en *Revista de Derecho Público*, n.ºs 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 514.

55 ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales”, *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 65 a 68.

56 Cfr. sentencia 833 del 25 de mayo de 2001, caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 369 y ss.

Hasta ahora nos hemos referido a los actos nacionales de ejecución directa de la Constitución, pero lo cierto es que en el sistema constitucional de distribución vertical del poder Público, también las Constituciones y leyes estatales y las ordenanzas municipales, son actos de ejecución directa de la Constitución, pues “son actos del mismo rango que las leyes nacionales, por lo que no están subordinadas a éstas”, respecto de lo cual, la Sala Constitucional en sentencia 3.347 del 3 de diciembre de 2003 (caso Impugnación de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones del municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy) ha dicho que:

Constitucionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico existen tres niveles de legislación, todos de idéntico rango: el nacional, el estatal⁵⁷ y el municipal. Así, las leyes nacionales, las leyes estatales y las ordenanzas municipales comparten jerarquía. Es ese mismo rango el que permite que todas esas normas sean impugnables ante la jurisdicción constitucional, que está a cargo de esta Sala. Por supuesto, el hecho de que se trate de actos de idéntico rango no significa que en determinados supuestos alguno de ellos no pueda sujetarse a otro. No es subordinación, pues no existe jerarquía: es la manifestación del respeto a las competencias constitucionales de cada ente⁵⁸.

4. LOS ACTOS ESTATALES DICTADOS EN EJECUCIÓN INDIRECTA Y MEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN (ACTOS DE RANGO SUB LEGAL): LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS ACTOS JUDICIALES

Pero, en la sistematización formal del ordenamiento jurídico, dentro de este sistema graduado de producción de normas, salvo los actos dictados en ejecución directa de la Constitución, las demás actividades del Estado, particularmente las administrativas, de control y judiciales, se ejercen, no en ejecución directa de las normas constitucionales, sino más bien en ejecución directa de la “legislación”, es decir, de las leyes formales o los actos del Parlamento, incluso, de los actos de gobierno o los decretos leyes dictados por los órganos constitucionales competentes, a su vez en ejecución directa de la Constitución.

57 La expresión “estadal” y “estadales” es un neologismo (venezolanismo jurídico) destinado a identificar lo que concierne a los Estados de la federación; para distinguir lo que se refiere al Estado, expresión utilizada para identificar, sea la globalidad de los entes jurídicos que lo componen, o al Estado nacional (federal), caso en el cual su utiliza el término “estatal”. Cfr. la “Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución” de 1961, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 21, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1961, p. 373.

58 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.ºs 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 121.

En esta forma, todas las actividades administrativas y judiciales originan actos dictados en ejecución directa e inmediata de la “legislación”, y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, es decir, son actos de carácter sublegal. En consecuencia, y en particular para el derecho administrativo, los actos administrativos dictados en ejercicio de las diversas funciones del Estado son actos que por esencia tienen rango sublegal⁵⁹, por lo que no hay ni puede haber actos administrativos que se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

III. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD (EL ESTADO DE DERECHO) Y LA SUPRANACIONALIDAD

Siguiendo la configuración que había establecido la Constitución de 1961⁶⁰, la Constitución de 1999 formalmente declaró al Estado venezolano como un Estado de derecho (además de democrático y social y de justicia) (art. 2.º), lo que implica, ante todo, la necesaria sumisión de todas las actuaciones de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico preestablecido⁶¹, compuesto no sólo por la Constitución y las leyes, sino por el conjunto de reglamentos y normas dictados por las autoridades competentes. De ello deriva el tercer principio fundamental del derecho público que es el principio de la legalidad.

Sobre este principio, la Sala Constitucional en sentencia 271 de 25 de abril de 2000 ha puntualizado en efecto que “la subordinación al derecho de los actos del poder público debe entenderse frente a todo el ordenamiento jurídico, del cual forman parte los reglamentos, ordenanzas y demás actos normativos”, recordando que:

La concreción de este principio de la legalidad aplicado a la Administración ha sido destacado en innumerables ocasiones por el máximo tribunal de la República. Así, en su oportunidad, la Corte Federal expresó al respecto lo siguiente:

El Estado de Derecho de los regímenes democráticos no puede funcionar cabalmente con mengua del principio de la legalidad, según el cual todos los actos de la administración

59 La Sala Constitucional en sentencia 266 del 25 de abril de 2000 ha considerado que los actos administrativos como actos de carácter sublegal son los “actos, normativos o no, dictados en ejecución directa de una ley y en función administrativa”, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 569

60 Cfr. en general BREWER-CARIAS, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado democrático y social de derecho*, cit.

61 Cfr. ANTONIO MOLES CAUBET, “Estado y derecho (configuración jurídica del Estado)”, en *Studia Jurídica*, n.º 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1957, pp. 257 a 340.

pública han de ser cumplidos o realizados dentro de las normas preestablecidas por la autoridad competente. (Decisión de 09-08-57, *Gaceta Forense*, 2.ª etapa, n.º 17, p. 132).

En otra decisión, la misma Corte Federal dejó sentado lo que sigue:

Todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual éstos carecen de vida jurídica, no sólo cuando les falta como fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley". (Decisión de 17-07-53, *Gaceta Forense*, 2.ª etapa, n.º 1, p. 151)⁶².

En efecto, este principio, en relación con los órganos de la Administración Pública adquiere importancia fundamental para el derecho administrativo, y le impone siempre a los órganos que la integran la obligación de actuar con arreglo a lo establecido en la ley y en las otras normas jurídicas que regulan su actividad⁶³; y no sólo las establecidas por los órganos del Estado, sino las que establezcan los tratados internacionales, particularmente en materia de derechos humanos, que, como se ha dicho, tienen rango constitucional e, incluso, supra constitucional; y las que emanen de órganos supranacionales, particularmente de la Comunidad Andina de Naciones.

I. EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO SOMETIDO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como lo ha puntualizado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 85 del 24 de enero de 2002 (caso Deudores hipotecarios vs. Superintendencia de Bancos):

62 Cfr. caso José G. Rossi G. vs. Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de Estabilidad Laboral del Estado Aragua, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 413.

63 Cfr. ANTONIO MOLES CAUBET, "El principio de la legalidad y sus implicaciones", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 50 y 51, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1972, pp. 67 a 100 y 85 a 124, respectivamente; trabajos que luego fueron publicados como *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974. Cfr. además, id., "Implicaciones del principio de legalidad", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970-1971, pp. 137 a 174; ELOY LARES MARTÍNEZ, "El principio de la legalidad aplicada a la Administración", discurso de incorporación como individuo de número, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXXI, n.º 35, Caracas, 1967, pp. 45 a 92; HENRIQUE MEIER, "El principio de la legalidad administrativa y la Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, n.º 5, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 45 a 56.

El poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad estatal y en particular la de la Administración; y parte de la esencia del concepto consiste en el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución, la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes. Tal concepción está recogida en la vigente Constitución, donde toda la actividad estatal está regida por la ley: leyes que emanan del poder legislativo y otros poderes, y reglamentos que dicta el poder ejecutivo, sin que estos últimos puedan contradecir la letra o el espíritu de la ley; mientras que la constitucionalidad es controlada judicialmente mediante el control difuso o el control concentrado de la Constitución⁶⁴.

Por ello, este tercer principio fundamental del derecho público en la Constitución de 1999, es el de la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada ésta tanto por la norma suprema que es la Constitución (art. 7.º) como por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico y que se aplican a los diversos órganos del Estado, conforme al principio antes referido de la formación del derecho por grados.

En tal sentido, el artículo 137 C. recoge la clásica fórmula de nuestro constitucionalismo, al establecer que “la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”; y el artículo 141, al precisar los principios que en particular rigen la Administración Pública, establece que sus órganos deben actuar “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Por tanto, conforme a este principio de sumisión del Estado a la ley y al derecho, es decir, al principio de legalidad, todas las actividades de los órganos del Estado y de sus autoridades y funcionarios deben realizarse conforme a la ley y dentro de los límites establecidos por la misma⁶⁵.

Pero por supuesto, “legalidad”, en el derecho constitucional contemporáneo, no es sólo la sumisión a la “ley formal” como acto sancionado por el Parlamento, como sucedía en el siglo XIX con respecto a las acciones administrativas y como consecuencia del principio de la supremacía de la ley, sino que quiere decir sumisión al ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución y a otras fuentes de derecho. Por eso, la Sala Constitucional en sentencia 488 del 30 de marzo de 2004 ha considerado que sobre:

64 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 92.

65 Como lo ha indicado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1002 del 26 de mayo de 2004: “no existen actos de los órganos que ejercen el poder público que puedan desarrollarse al margen del derecho”, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 146.

[El] principio de la legalidad, doctrinariamente se ha venido admitiendo que el mismo comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad. De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado⁶⁶.

Ahora bien, hay dos aspectos que deben retenerse de lo dicho anteriormente: en primer lugar, que el principio de legalidad, en el contexto del Estado de derecho, se refiere específicamente a todos los órganos y poderes del Estado, y no sólo a los que ejercen el poder ejecutivo o a la Administración Pública. En consecuencia, en un Estado con Constitución escrita, el órgano legislativo también está limitado por el “principio de legalidad”, en el sentido de que sus actividades están constitucionalmente limitadas, por lo que también pueden ser objeto de control judicial o jurisdiccional.

En segundo lugar, que en la expresión “principio de legalidad” el concepto de “ley” debe entenderse en el sentido más amplio de “ordenamiento jurídico”, y no en el sentido formal de acto emanado del Parlamento, por lo que comprende la Constitución en sí misma, las leyes formales y todas las otras normas del ordenamiento jurídico conformadas en un sistema legal que deriva de la Constitución en forma escalonada y jerarquizada.

En consecuencia, este principio de legalidad, principalmente en sistemas legales con constituciones escritas, implica por supuesto, no sólo que los órganos que ejercen el poder ejecutivo o más ampliamente que integran la Administración Pública estén sujetos a las normas de derecho, sino que los otros órganos del Estado, incluyendo los órganos legislativos, también estén sujetos a las normas de derecho. En consecuencia, lo que constituyen las normas de derecho en relación a cada órgano del Estado, varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la jerarquía o posición que tiene cada norma o acto del Estado en el sistema jurídico jerarquizado. Por ello, para el legislador, legalidad quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno. En ambos casos, dichos actos se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia

66 Caso Impugnación de los artículos 11 y 91.29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 180.

de actos del Parlamento, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución, y no puede en general haber ley alguna que los condicione.

En todo caso, además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Aquí, que es el ámbito propio del derecho administrativo, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial de la legalidad de los actos administrativos (jurisdicción contencioso administrativa y jurisdicción contencioso electoral) y, por consiguiente, al propio derecho administrativo.

En cuanto a los órganos de los poderes judicial, ejecutivo, ciudadano o electoral, por tanto, el principio de legalidad tiene un sentido más amplio, pues incluye no sólo la Constitución sino también a todos los actos del Estado con carácter general y normativo y, particularmente, los de rango "legislativo". En estos se incluye, además de los actos del Parlamento o leyes formales, todos los demás actos del Estado dictados con la misma fuerza legal, como por ejemplo los decretos leyes y los actos de gobierno emanados del Jefe de Estado conforme a los poderes constitucionales. En el principio de legalidad relacionado con los poderes ejecutivo, ciudadano y electoral también se incluyen todas las demás normas legales que regulan y limitan la acción administrativa, así como los principios generales del derecho que deben ser observados por los órganos de la Administración Pública. De allí que, en los sistemas de derecho público contemporáneos, el principio de legalidad en relación con la actividad administrativa haya tenido una mayor importancia.

Por ello, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 1724 del 27 de julio de 2000 ha señalado:

El principio de legalidad, constituye el eje alrededor del cual se erige desde su nacimiento el Estado de Derecho, tal como lo califica el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que Venezuela constituye un *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*. Así, la sujeción de toda acción del poder público a la Ley General, esto es al bloque de la legalidad constituye la base que sustenta la validez del ejercicio de ese poder. Tal principio ha sido recogido por el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual: "*La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen*".

En virtud de ello, el principio en referencia, por lo que respecta al ámbito de la Administración Pública, se produce a través de la atribución de potestades, que supone la constitución del título que habilita su actuación y define los límites del ejercicio del poder público, es decir, los órganos administrativos no pueden actuar más allá de los límites fijados por sus potestades, y es por eso que constituye un elemento fundamental en la organización administrativa. En efecto, como elemento de organización, es claro que las potestades son atribuidas en atención al órgano que habrá de ejercerlas y más ampliamente, en función de todo el marco de la organización de la Administración. En consecuencia, las potestades no son ni deben ser determinadas por el titular de un determinado cargo⁶⁷.

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

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional y de legalidad en Venezuela ha sido el establecimiento de un sistema jurídico de carácter universal y cerrado en materia de control judicial, en el sentido que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales que controlan la constitucionalidad (art. 336) y la legalidad de los mismos (arts. 259 y 297). El control judicial de los actos estatales conforme a la Constitución, por tanto, además de corresponder a las jurisdicciones ordinarias, en particular corresponde a la jurisdicción constitucional⁶⁸, a la jurisdicción contencioso administrativa y a la jurisdicción contencioso electoral⁶⁹.

67 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 105, citada también en sentencia 1560 del 19 de julio de 2001 de la misma Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 50.

68 Cfr. en general BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, “La justicia constitucional”, cit., pp. 81 y ss.

69 Cfr. id., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, “La justicia contencioso administrativa”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997; id., *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 127 y ss.

2. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pero el principio de legalidad no sólo somete a los órganos del Estado al ordenamiento jurídico establecido por el propio Estado o al contenido en tratados internacionales ratificados y aprobados por sus órganos, sino también al ordenamiento establecido por los órganos supranacionales en los procesos de integración económica, y que tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno.

En tal sentido, en el artículo 153 C. de 1999 puede decirse que el proceso de integración económica latinoamericano, y andino en particular, encontró fundamento constitucional en Venezuela. La precaria previsión del artículo 108 C. de 1961, en nuestro criterio, impedía a Venezuela ingresar decididamente al proceso de integración sub regional⁷⁰, lo cual fue superado con la expresa previsión constitucional del texto de 1999⁷¹.

En efecto, uno de los procesos de mayor importancia para el futuro de América Latina, sin duda, es el proceso de integración económica. Los Estados europeos lo diseñaron como la única vía para recomponer sus economías y, en consecuencia, mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Para ello, después de la Segunda Guerra Mundial procedieron a la constitución de un bloque económico, a través del cual implementaron mecanismos de cooperación, facilitando el intercambio de bienes y servicios entre los Estados. Inicialmente el proceso de integración fue por sectores, razón por la cual en 1951 nació la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) mediante la firma del Tratado de París, y posteriormente abarcó otros aspectos, a cuyo efecto se suscribieron, en 1957, los Tratados de Roma que crearon a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

70 Cfr. *id.*, “Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana”, *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999, pp. 279 a 317; ANTONIO SILVA ARANGUREN, “La aplicación directa de las normas andinas: el posible fin de una incertidumbre”, en *Ensayos de derecho administrativo, Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 713 a 761; JORGE L. SUÁREZ M., “La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional”, en *Estudios de derecho administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 439 a 471; CÉSAR S. GARCÍA URBANO, “Integración y Constitución”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXVI, n.º 136, Caracas, 1999, pp. 153 a 170.

71 En tal sentido propusimos a la Asamblea Nacional Constituyente la incorporación de una norma expresa destinada a regular la materia (art. 153). Cfr. BREWER-CARIAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, t. I, cit., pp. 171 a 182.

En todo caso, y a pesar de tratarse de un proceso novedoso en el campo internacional, debe decirse que desde el punto de vista constitucional el proceso de integración europeo, ya en sus inicios, como en todas sus fases, siempre fue precedido de un *reacomodo de las Constituciones de los Estados miembros* para permitirlo y posibilitarlo, de manera de evitar en lo posible todo conflicto, entre lo que ha significado jurídicamente la integración económica, la Comunidad Económica Europea y la Unión Europea, y lo previsto en las constituciones de los Estados miembros; siendo las reformas constitucionales una exigencia y, a la vez, consecuencia lógica y necesaria para el avance de la integración⁷².

En América Latina, el proceso de integración económica de más vieja data fue el iniciado en 1969, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, al cual Venezuela se adhirió posteriormente en 1973. Mediante dicho Acuerdo los países miembros convinieron, entre otros objetivos, en la armonización de las políticas económicas y sociales, la aproximación de sus legislaciones en las materias pertinentes, la adopción de un arancel externo común y el desarrollo de un programa para la liberalización del intercambio comercial.

Sin embargo, en contraste con lo que sucedió en Europa, las constituciones de los países de América andinos, salvo el caso de Colombia, a comienzos del siglo XXI aun no habían solucionado los problemas jurídicos que plantea el ingreso a procesos de integración económica de carácter comunitario. Por ello, en América Latina, el problema constitucional de la integración ha sido el problema jurídico más importante con necesidad de ser resuelto, pues sin su solución no pueden existir las bases jurídicas sólidas que requiere el proceso de integración regional.

Debe señalarse que el desarrollo de las Comunidades Europeas y de la Comunidad Andina ha implicado el surgimiento de una serie de instituciones que deben velar por el cumplimiento de los fines de la integración o “comunitarios”, los cuales en más de una oportunidad pueden ser distintos e, incluso, opuestos a los de los Estados miembros. En esta forma, en el ámbito europeo nacieron la Comisión, el Consejo, el Parlamento y el Tribunal de Justicia europeos, ahora todos regulados en la Constitución Europea. En nuestro contexto, el Acuerdo de Cartagena creó a la Junta (hoy Secretaría General), la Comisión y el Tribunal de Justicia Andino.

Por otra parte, para garantizar la ejecución de los fines de la integración, progresivamente resultó indispensable que los países miembros transfirieran a

72 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1998.

los órganos comunitarios competencias originalmente reservadas por las constituciones nacionales a los órganos de los poderes nacionales. Así sucede por ejemplo con el establecimiento de un arancel externo común, que tiene que pasar a ser una competencia “comunitaria”, no siendo posible, una vez establecido, que los países miembros puedan llegar a fijar aranceles distintos a los que establezca el órgano comunitario competente. Para ello es indispensable que, en casos como el señalado, los órganos del poder público nacional cedan sus competencias en esas determinadas materias a los órganos supranacionales.

Desde el punto de vista jurídico, la consecuencia fundamental del surgimiento de dichas instituciones supranacionales es el nacimiento de un nuevo derecho que viene a integrarse al ordenamiento jurídico interno: el derecho comunitario, conformado por el conjunto de tratados que originan la Comunidad y por las normas dictadas por los órganos comunitarios para garantizar el cumplimiento de los objetivos comunes fijados. La doctrina y la jurisprudencia europeas tradicionalmente han señalado que el referido derecho comunitario comprende, a su vez, el derecho comunitario originario, constituido por los tratados suscritos por los Estados miembros como actores del derecho internacional público y sus modificaciones, y el derecho comunitario derivado, integrado por el conjunto de normas de diverso rango emanadas de los órganos comunitarios o supranacionales creados.

El derecho comunitario, por lo tanto, es un derecho distinto, novedoso, que cabalga entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país miembro. En todo caso, la vasta doctrina y jurisprudencia europea así como la andina, han dejado claramente definido el criterio de que para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en los países miembros es indispensable el cumplimiento de al menos tres requisitos: en *primer lugar*, la atribución o cesión de competencias propias de los órganos constitucionales de los Estados a los órganos comunitarios; en *segundo lugar*, la primacía del derecho comunitario y su exclusión del ámbito de los controles constitucionales internos de cada país; y, en *tercer lugar*, la aplicación directa en el ámbito interno de la normativa dictada por dichos órganos. Para ello, como lo enseña el ejemplo europeo, la única manera para garantizar el cumplimiento de los principios antes señalados en cada uno de los países miembros es que sus respectivas constituciones consagren expresamente, por una parte, la posibilidad de transferir competencias a órganos comunitarios y, por la otra, el efecto directo de dicha normativa en el ámbito interno como formando parte de la legalidad.

De ello resulta que no se puede llegar a desarrollar un régimen de integración económica efectivo, desconociendo o coartando en el orden interno el contenido y aplicación de los principios que rigen el derecho comunitario, a

cuyo efecto las constituciones de los países miembros deben regular el tema. Por ello, si se analiza la experiencia europea se puede apreciar que todos y cada uno de los Estados de la actual Unión Europea consagraron en sus constituciones, previamente al ingreso a las Comunidades o a la Unión, la posibilidad de atribuir competencias que corresponden a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales nacionales a órganos comunitarios, con la previsión expresa de aceptar limitaciones a su soberanía.

Además, a medida que se ha ido profundizando el proceso de integración europea, como ha sucedido con el reciente paso de la Comunidad Europea a la Unión Europea, y su consolidación a través de los tratados de Maastricht y de Amsterdam, la aprobación de estos instrumentos conllevó a que se realizaran reformas constitucionales (p. ej. en Alemania, Francia y España, países que tuvieron que proceder a realizar dichas modificaciones después de emitidas las decisiones de sus respectivos tribunales constitucionales que así lo impusieron) e incluso referéndum, (como fue el referéndum consultivo de Francia, o el de Dinamarca) en los Estados de la Unión. Lo mismo ocurrió en muchos países con la aprobación del Tratado de la Constitución Europea a partir de 2004, el cual sin embargo, no fue aprobado en los referendos de Francia y de los Países Bajos realizados en 2005.

De lo anterior resulta, por tanto, que en Europa el problema jurídico de la integración *siempre ha encontrado solución en las normas constitucionales de los Estados miembros*, de manera que el derecho comunitario se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos.

En Latinoamérica, con excepción de las constituciones de Argentina, Colombia y Paraguay, ninguna otra ha resuelto en forma clara y expresa la problemática de la transferencia de competencias a órganos comunitarios, sin lo cual resulta imposible concebir un régimen de integración.

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1961 sólo contenía un artículo que hacía una referencia muy general al proceso de integración, como sólo podía suceder en 1961 cuando aun el proceso de supranacionalidad no había encontrado carta de naturaleza en Europa. Por ello fue que en 1999 se propuso a la Asamblea Nacional Constituyente la inclusión de una norma que resolviera definitivamente las deficiencias constitucionales de la posición de Venezuela en materia de integración latinoamericana, habiéndose aprobado en consecuencia el artículo 153, el cual dispone:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover

el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

De esta norma debe destacarse, por su importancia en materia de integración, en *primer lugar*, la aceptación por el orden constitucional de la creación de órganos supranacionales a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos que ejercen el poder público, para que pueda existir un derecho comunitario; y *segundo lugar*, que las normas comunitarias dictadas por los órganos supranacionales no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el ámbito interno, desde que se considera que son parte integrante del ordenamiento jurídico vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación con las leyes nacionales que se les opongan. Así lo ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 2167 del 14 de septiembre de 2004 (caso Laboratorios Venezolanos [LAVE] y otros), al señalar que “según el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados que creen organizaciones comunitarias pueden prever la transferencia del poder legislativo nacional para ser entregado a órganos supranacionales”, y que dicha disposición “establece que las normas que de ellos emanen tienen aplicación directa y preferente en el ámbito interno”, por lo que consideró “perfectamente válido que el cuerpo legislativo nacional dé su aprobación incondicional a los acuerdos internacionales que prevean tal circunstancia”⁷³.

Por tanto, las decisiones de los órganos supranacionales comunitarios tienen aplicación inmediata en el país⁷⁴, incluyendo por supuesto a los órganos judiciales

73 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 72 y ss.

74 Cfr. en general, JORGE L. SUÁREZ, “La Constitución venezolana y el derecho comunitario”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. III, Madrid, Universidad Central de Venezuela (Instituto de Derecho Público) y Thomson-Cívitas, 2003, pp. 253 a 276; MARIANELLA ZUBILLAGA, “Los fundamentos del derecho comunitario y su soporte constitucional: la experiencia europea y andina”, *ibid.*, pp. 281 a 307; ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho constitucional*, Valencia, Paredes Editores, 2002, pp. 292 y ss.; JORGE L. SUÁREZ M., “La Comunidad Andina, la responsabilidad del Estado y la Constitución venezolana”, en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 489 a 648; JORGE L. SUÁREZ M., “La Constitución venezolana de 1999 y la integración regional”, en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, Caracas,

comunitarios. Sin embargo, sobre esto último relativo a las decisiones de los órganos judiciales comunitarios, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1492 del 15 de julio de 2003 (caso Impugnación de artículos del Código Penal sobre las llamadas leyes de desacato), partiendo de la premisa de que “Por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7.º constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país”. La Sala se refirió a los organismos internacionales que emiten verdaderos actos jurisdiccionales con el carácter de órganos supranacionales, y “cuyas decisiones de cualquier clase se ejecutan forzosamente en los países signatarios de los convenios que los crean, quienes al suscribirlos ceden en alguna forma su soberanía y de allí que la ejecución de los fallos sea incondicional”, agregando lo siguiente:

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son –por ejemplo– las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 *eiusdem*). Áreas diversas a la de los derechos humanos *per se*, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 440 a 472; NELLY HERRERA BOND, “El derecho comunitario en la nueva Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 7 a 10; PATRICIA L. KEGEL, “Las constituciones nacionales y los procesos de integración económica regional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Edit. Grancharoff, 2000, pp. 295 a 316; ELOÍSA AVELLANEDA SISTO, “Relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en el marco del Acuerdo de Cartagena”, *Libro Homenaje a Antonio Linares*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 440 a 472; EDUARDO CALIGIURI y JORGE PETIT, “Los principios de auto-ejecutividad e inmediatez de los tratados internacionales en materia de integración a la luz de la Constitución venezolana de 1999, en el marco de la Comunidad Andina de Naciones”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 122, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 153 a 168; FERNANDO DELGADO, “La integración económica y las industrias culturales”, *Libro Homenaje a Antonio Linares*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 73 a 88; JUAN CARLOS SAINZ BORG, “La regulación constitucional del proceso de integración andino”, en *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris. Temas sobre la Constitución de 1999*, Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), 2001, pp. 241 a 271; JORGE L. SUÁREZ MEJÍAS, “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en el Acuerdo de Cartagena. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 100, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1996, pp. 295 a 420.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los tribunales supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.

Las decisiones pueden resultar obligatorias respecto a lo decidido, creando responsabilidad internacional por el incumplimiento (por ejemplo el artículo 87.7 de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), pero nunca en menoscabo de los derechos contenidos en el artículo 1 constitucional, disminuyendo o enervando las competencias exclusivas de los órganos nacionales a quienes la Constitución atribuye determinadas competencias o funciones.

La Sala, sin embargo, en la misma sentencia aclaró, recurriendo al más clásico concepto de soberanía, que:

Mientras existan Estados soberanos, sujetos a constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía [...]

Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

1. La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;
2. La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente.

Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior.

No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal⁷⁵.

IV. EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO: LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO

El cuarto principio que condiciona al derecho público en la Constitución de 1999, deriva de la forma del Estado, como forma federal, consistente en el principio de la distribución vertical o territorial del poder público. Este principio tiene particular importancia para el derecho administrativo pues en un Estado federal como el que deriva de la distribución vertical del poder público, incluso podría distinguirse un derecho administrativo estatal y municipal (*Cuarta parte*, § 12 y ss.).

I. LA CONSTANTE HISTÓRICA DEL FEDERALISMO

La forma “federal” del Estado ha sido la constante en el Estado venezolano durante toda su existencia desde 1811, lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales en el nivel intermedio, es decir, de los Estados federados y, antes de 1864, de las entonces denominadas provincias. En esa fecha, precisamente el triunfo de la revolución federal condujo a la adopción definitiva de la forma federal del Estado, que sustituyó a la fórmula mixta de 1830, la cual a la vez había sustituido a la “Confederación” de 1811; adoptándose la

75 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 138 y ss.

denominación de la República como “Estados Unidos de Venezuela”, la que se conservó hasta 1953.

Pero la Federación venezolana, a partir de 1901, cuando se produce el colapso del sistema de Estado federal liberal que se había instaurado en 1864, comenzó a ser una Federación centralizada, habiéndose centralizado el Estado en todos los órdenes⁷⁶; habiendo continuado el centralismo estatal, a pesar del cambio político de 1946 y 1958, desarrollándose a partir de esa fecha la forma democrática de la Federación centralizada que hemos tenido desde las últimas décadas del siglo xx.

La gran transformación política que debió ocurrir con la Constitución de 1999 para afianzar la democracia era, por tanto, sustituir efectivamente la Federación centralizada por una Federación descentralizada⁷⁷. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1037 del 1.º de agosto de 2000 (caso Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda [APRUM] vs. Alcaldía del municipio Sucre del Estado Miranda):

Un elemento fundamental dentro de lo que es la democracia, es la descentralización, no puede haber democracia sin descentralización, ese debe ser el apellido de la democracia. Estando cada vez más cerca de las comunidades quien toma las decisiones que los orienten o satisfagan sus necesidades es que exista una interacción entre los vecinos y la Administración⁷⁸.

Pero lamentablemente la descentralización, salvo en el verbalismo, no guió la reforma constitucional de 1999⁷⁹. Es decir, grandes esfuerzos se hicieron en la materia, pero la reforma y profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia, que debió ser el tema central del debate

76 Cfr. TULLIO CHIOSSONE, “Constitución centralista con ribetes federales”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 207 a 214; BREWER-CARIAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, “Evolución histórica del Estado”, cit., pp. 351 y ss.; e id., “El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas”, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, n.ºs 227 y 228, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 487 a 514 y 695 a 726, respectivamente.

77 Cfr. nuestra “Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo federalismo y nuevo municipalismo”, en BREWER-CARIAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, t. I, cit., pp. 155 a 170; y t. II, cit., pp. 227 a 233.

78 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 394.

79 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “El ‘Estado Federal descentralizado’ y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, n.ºs 292-293, Madrid, Instituto de Administración Pública, 2003, pp. 11 a 43; y en id., *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp. 111 y ss.

constituyente⁸⁰, no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4.º que precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2.º C. de 1961 que decía que “La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución”.

2. EL PODER PÚBLICO DISTRIBUIDO TERRITORIALMENTE

En todo caso, el artículo 136 C. de 1999 organiza al Estado con forma federal mediante un sistema de “división vertical” del poder público en tres estratos o niveles: nacional, estatal y municipal⁸¹, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos.

Se trata, sin duda, de una forma de limitación del poder en el Estado constitucional de derecho, tal y como lo ha identificado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar en sentencia 1819 del 8 de agosto de 2000 (caso René Molina *vs.* Luis Miquelena):

La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del poder público en la cual sus creadores proveyeron con relación al *thema decidendum* que nos ocupa, la *distribución* del poder público en el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional y, la división del poder público nacional en poder legislativo, poder judicial, poder electoral y poder moral.

Esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las específicas atribuciones y funciones consagradas en la ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos, lo cual se recoge expresamente en los artículos 136 y 137⁸².

En la Constitución de 1999, incluso contrariamente a lo que establecía la Constitución de 1961, se formuló expresamente este principio de la distribución

80 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente. Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 269 y ss.

81 Sobre la distribución vertical y horizontal del poder público, cfr. sentencia 355 de la Sala Constitucional del 11 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 342 y ss.

82 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 264 y ss.

territorial del poder público⁸³, siguiendo la tendencia iniciada en el texto constitucional de 1858, que estableció que “El poder público se divide en nacional y municipal” (art. 9.º). Posteriormente, en la Constitución de 1901 se retomó la fórmula, expresándose que “El poder público se distribuye entre el poder federal y el poder de los Estados” (art. 29), lo que se repitió en todas las constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual se agregó al poder municipal, así: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal, el de los Estados y el Municipio” (art. 51). La norma se repitió en las constituciones posteriores hasta que en la de 1947 se invirtió la enumeración, así: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional” (art. 86), lo que se repitió en la de 1953 (art. 40). La Constitución de 1961 no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias” (art. 118), aludiendo, sin duda, a las ramas nacional, estatal y municipal, pero sin enumerarlas. La Constitución de 1999 volvió a la fórmula tradicional⁸⁴, al disponer en su artículo 136 que “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”.

83 Cfr. en general, sobre el poder público y la forma del Estado, CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES, “La composición del poder público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris*, cit., pp. 51 a 76; C. KIRIADIS IONGHI, “Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999”, en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1031 a 1082; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999”, en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 619 a 644; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “La descentralización política en la Constitución de 1999: federalismo y municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXVIII, n.º 138, Caracas, 2001, pp. 313 a 359, también en *Provincia. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, n.º 7, II etapa, Mérida, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales y Universidad de los Andes, 2001, pp. 7 a 92; id., “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del poder público en la Constitución de 1999”, en FERNANDO PARRA ARANGUREN y ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA (eds.), *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, t. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 107 a 136; id., “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los poderes públicos”, *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 2, Caracas, Universidad Monteávil, 2001, pp. 135 a 150; RICARDO COMBELLAS, *Derecho constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, McGraw-Hill, 2001, pp. 121 y ss.; CECILIA SOSA GÓMEZ, “La organización política del Estado venezolano: el poder público nacional”, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 71 a 83; MARÍA V. ESPINA MOLINA y ORNELLA BERNABEI ZACCARO, “Nueva estructura del Estado venezolano”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 65 a 116; CÉSAR A. LOAIZA MOYETONES, “Los órganos del Estado”, en *Derecho constitucional. General y particular. Actualizado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 24 de marzo de 2000*, t. I, Caracas, Universidad Santa María, pp. 151 a 175.

84 Cfr. nuestra propuesta para la inclusión de esta norma en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 161 a 164.

De esta norma se debe destacar, por una parte, el concepto de funciones del Estado⁸⁵, y por la otra, el concepto de fines del Estado expresamente definidos en el artículo 3.º C. Ambos conceptos originan dos principios fundamentales del derecho público en la Constitución con particular importancia para el derecho administrativo: el de las funciones del Estado y el del Estado social y democrático de derecho y de justicia; los cuales se estudian más adelante.

En el Texto constitucional, en todo caso, de acuerdo con el principio de la distribución vertical del poder, se pueden encontrar disposiciones que se refieren en general al poder público, las cuales, por tanto, rigen respecto de los órganos de los tres niveles territoriales nacional, estatal y municipal); y disposiciones específicamente destinadas a cada uno de esos niveles.

En todo caso, “los términos consagrados por la Constitución” relativos a la forma de Estado federal descentralizado son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación. En la Constitución de 1999, en realidad, y salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961⁸⁶, habiéndose sólo constitucionalizado algunos aspectos que ya se habían establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público de 1989, la cual, además, ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los estados de competencias del poder nacional⁸⁷.

En realidad, no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación, como por ejemplo, los cambios que se debían hacer en la distribución de los recursos tributarios hacia los Estados; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional unicameral (art. 186)⁸⁸, y al permitirse

85 Cfr. *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. II, “El poder público: nacional, estatal y municipal”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 111 y ss.

86 Cfr. p. ej., RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK, “La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)”, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 29 a 39.

87 Cfr. CARLOS AYALA CORAO, “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal”, en ALLAN R. BREWER-CARIAS et ál., *Leyes para la descentralización política de la Federación*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 99 y ss.; y ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 122 y ss.

88 Cfr. MARÍA M. MATHEUS INCIARTE y MARÍA E. ROMERO RÍOS, “Estado federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 637 a 675.

la limitación por ley nacional de la autonomía de los estados (art. 162) y de los municipios (art. 168), lo que es negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que está basada en el concepto de autonomía territorial, precisamente entre los entes políticos-territoriales.

En consecuencia, la denominación de “Federación descentralizada” para identificar la forma del Estado es, sin duda, un avance nominal, pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos⁸⁹.

3. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO FEDERAL: LA AUTONOMÍA TERRITORIAL Y SUS LÍMITES

En efecto, toda Federación está montada sobre un principio de la distribución territorial del poder público que conforme al artículo 136 C. es “entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional”. La coherencia y unicidad del Estado y su organización política exige que dicha distribución del poder se rija, conforme lo indica el artículo 4.º C., “por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”. Es decir, la distribución territorial del poder público no puede, en forma ni caso alguno, atentar contra la integridad territorial de la República, cuyo territorio no puede en forma alguna ser afectado por el principio descentralizador, lo que impide cualquier intento separatista de parte de las entidades políticas que componen el Estado.

Por otra parte, la distribución del poder público entre la República, los estados y los municipios, en todo caso exige la cooperación entre los diversos niveles territoriales para alcanzar, en conjunto, los fines del Estado (art. 136); por ello, los principios de la concurrencia y corresponsabilidad de todos los entes públicos hacia los mismos fines superiores del Estado. Además, está el principio de la solidaridad entre las entidades políticas, de manera que los deberes de algunas de ellas que no puedan ser cumplidos, no excluyen la asunción de los mismos por las otras entidades políticas.

89 Cfr. en general, sobre la forma del Estado como “Federación descentralizada”, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “El Estado ‘federal descentralizado’ y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional”, en *id.* *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp 111 y ss.; *id.*, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 158 y ss.; MARÍA V. ESPINA y ORNELLA BERNABEI ZACCARO, “Nueva estructura del Estado venezolano”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 65 a 116.

Pero en un Estado federal, como en todo sistema de distribución política territorial del poder público, la autonomía de las entidades territoriales es consustancial al sistema, y esta debe estar establecida como garantía, en la Constitución. Esta autonomía político territorial implica no sólo autonomía política (elección democrática de sus autoridades), sino además autonomía organizativa (organización de sus poderes públicos al dictar su Constitución), autonomía administrativa (inversión de sus ingresos), autonomía jurídica (no revisión de sus actos sino por los tribunales), autonomía normativa (regulación legislativa de las materias de la competencia de la entidad) y autonomía tributaria (creación, administración y control de sus tributos); y, en todo caso, que sus límites sólo deberían ser los establecidos en la propia Constitución como garantía de dicha autonomía, razón por la cual la ley nacional, en principio, no debería regular las materias de la competencia exclusiva de los estados. La Constitución de 1999, sin embargo, en esta materia sólo dispone que los estados son “entidades políticas autónomas en lo político” (art. 159); y que los municipios gozan de “autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley” (art. 168).

En todo caso, esta autonomía territorial implica, además, que en el ejercicio de sus respectivas competencias las entidades político territoriales no deberían estar sujetas a relación jerárquica ni a sujeción alguna entre ellas, ni de orden legislativo ni ejecutivo, conforme a lo que garantice la Constitución, salvo las excepciones que expresamente se establezcan en el Texto Fundamental.

Conforme a la orientación que tenía el texto constitucional de 1961, la Constitución de 1999 establece los principios generales de la organización del poder público estatal, conforme al principio de separación orgánica en dos poderes: el poder legislativo, a cargo de los consejos legislativos estatales, cuyos miembros son electos por votación popular, directa y secreta; y el poder ejecutivo, a cargo de los gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989 (arts. 160 y 162). Además, en la Constitución se prevé un órgano del poder público estatal con autonomía funcional que es la Contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como poder contralor (art. 163). En igual sentido, respecto de los municipios también se establecen los principios generales de la organización del poder público municipal, conforme al principio de separación orgánica en dos poderes: el poder legislativo, a cargo de los Concejos municipales, cuyos miembros son electos por votación popular, directa y secreta; y el poder ejecutivo, a cargo de los alcaldes (art. 174), cuya elección se estableció a partir de 1989. Además, en la Constitución se prevé un órgano del poder público municipal con autonomía funcional, que es la contraloría municipal (art. 176).

La Constitución, sin embargo, ha establecido importantes limitaciones a la autonomía de los estados; y una aun más grave limitación a la autonomía muni-

cial, al circunscribirla no sólo a los límites establecidos en la Constitución, sino a los que pueda establecer la ley (art. 168), lo que es una negación a la misma, al carecer de garantía constitucional.

En cuanto a los límites constitucionales a la autonomía de los estados, se destacan las siguientes:

En *primer lugar*, las limitaciones a la autonomía organizativa respecto de la organización y funcionamiento de los consejos legislativos, los cuales debían ser objeto de regulación en las constituciones que los estados pueden dictar conforme lo indica la Constitución nacional como parte de la organización de sus poderes públicos (art. 164.1). A pesar de ello, sin embargo, ha sido la propia Constitución de 1999 la que ha limitado esta autonomía al establecer que una *ley nacional* puede regular “la organización y funcionamiento” de uno de los poderes públicos estatales, como son los consejos legislativos estatales (art. 162). En ejecución de la norma constitucional, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados⁹⁰ en la cual se ha regulado, en detalle, no sólo las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los consejos legislativos de los estados, sino las regulaciones referidas a los legisladores; y más aun, las atribuciones de los consejos legislativos y los principios generales para el ejercicio de la “función legislativa” (art. 1.º), con lo cual la Asamblea Nacional se excedió incluso respecto de lo autorizado excepcionalmente en la Constitución.

En *segundo lugar*, se destacan las limitaciones al ejercicio de las funciones legislativas y de control por parte de los consejos legislativos, que la Constitución les asigna (art. 162.1); lo que se estableció en el propio texto constitucional, por ejemplo, en materia de tributos (arts. 167.5 y 156.13). Además, en cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los Estados conforme a las “leyes de base” que dicte el poder nacional (art. 165); y en los otros casos de competencias exclusivas también están sujetos a lo establecido en la ley nacional, como sucede en materia de policía estatal que sólo puede ejercerse conforme a la legislación *nacional* aplicable (art. 164.6). Pero además, como se indicó, la Asamblea Nacional, sin tener autorización constitucional alguna para regular el ejercicio de la “función legislativa” o la función de control por parte de los consejos legislativos de los estados, en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados de 2001 estableció

90 *Gaceta Oficial* n.º 37.282 del 13 de septiembre de 2001. Cfr. MARIELA DE JESÚS MORALES SOTO, “El régimen jurídico aplicable a los consejos legislativos de los estados”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 15, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 193 a 205.

con todo detalle el procedimiento para la formación de las leyes estatales, lo que debía ser regulado en las constituciones de los estados.

En *tercer lugar*, está la limitación a la autonomía organizativa en cuanto al régimen de la organización y funcionamiento del poder ejecutivo estatal y de la Administración Pública de los estados, el cual está establecido como régimen general en el conjunto de regulaciones constitucionales relativas a la Administración Pública y a la función pública, que se aplican por igual a los tres niveles territoriales de gobierno (arts. 141 y ss.) y las cuales, por tanto, escapan de la posibilidad de regulación por los consejos legislativos estatales en las constituciones de los Estados.

En *cuarto lugar*, también se destacan las limitaciones a la potestad organizativa referida al poder ciudadano estatal, es decir, la regulación en las constituciones estatales de las contralorías de los estados, cuyos titulares deben designarse mediante concurso público (art. 163). En esta materia también se ha producido una intolerable y no autorizada limitación a la autonomía organizativa de los Estados, al dictarse por la Asamblea Nacional la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado de 2001⁹¹, con el objeto de establecer los conceptos y procedimientos generales, básicos y orientadores que regulan el proceso de designación y destitución del Contralor (art. 1.º).

En *quinto lugar*, está la limitación a la potestad organizativa estatal relativa a los “consejos de planificación y coordinación de políticas públicas” regulados en el artículo 166 constitucional. La “ley” conforme a la cual debían funcionar estos consejos debía ser la que dictase cada consejo legislativo estatal. Sin embargo, en este caso, la Asamblea Nacional también ha dictado la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas de 2002⁹² con el objeto de crear, organizar y establecer las competencias del consejo estatal de planificación y coordinación de políticas públicas que debe funcionar en cada Estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable (art. 1.º). En esta materia, de nuevo, se produjo un vaciamiento no autorizado de las competencias legislativas de los Estados, lesionándose su autonomía.

En cuanto a los municipios, de acuerdo con el artículo 168 C., dichas entidades gozan de autonomía “dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley”, estableciéndose así una limitación inusitada que hace materialmente nugatoria la autonomía político territorial, que sólo debería encontrar límites

91 *Gaceta Oficial* n.º 37.303 del 15 de octubre de 2001.

92 *Gaceta Oficial* n.º 37.509 del 20 de agosto de 2002.

en la Constitución, pero no en la ley⁹³. Conforme a esta norma, que no tiene antecedentes en el constitucionalismo del país, la ley (que podría tanto ser nacional como estatal) puede limitar la autonomía municipal, la cual por tanto perdió su garantía constitucional (*Cuarta parte*, § 14). Sin embargo, conforme lo establecía la C. de 1961, el artículo 168 C. de 1999 dispone que los actos de los municipios no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley; por lo que no pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del poder nacional ni de los estados.

En todo caso, debe enfatizarse el señalamiento de que la autonomía municipal, tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, conforme al espíritu centralizante de la misma, ahora se encuentra interferida al señalarse que los municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, quedó minimizado.

V. EL PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

La consecuencia del principio de la distribución vertical del poder público es que el Estado está conformado por diversas entidades político territoriales que actualizan la personalidad jurídica del Estado. El Estado, por tanto, en el ámbito interno no es una persona jurídica, sino que está conformado por varias personas jurídicas estatales.

En el único ámbito en el cual el Estado es una persona jurídica única, en realidad, es en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales. Es decir, conforme a la Constitución de 1999, el Estado (arts. 2.º, 3.º y 4.º) venezolano, como “República Bolivariana de Venezuela” (arts. 1.º y 6.º), donde realmente goza de personalidad jurídica es en el ámbito de la comunidad internacional, que es donde se puede hablar del Estado como persona jurídica (arts. 152 a 155); en cambio, como se ha dicho, en el ámbito interno, el “Estado” como tal no es una persona jurídica, sino un conjunto de personas jurídicas que son las personas jurídicas estatales, y cuyo embrión surge del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución vertical o territorial del poder público, como “Estado federal descentralizado” (art. 4.º), el cual como se ha dicho, da origen a la República, a los estados y a los municipios. Por ello, el Estado no se puede

93 Cfr. JOSÉ L. VILLEGAS MORENO, “La autonomía local y su configuración en la Constitución venezolana de 1999”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, t. 1, cit., pp. 715 a 729.

confundir con la República⁹⁴, y menos aun cuando la Constitución usa la palabra “Estado”, como lo decía la misma Exposición de motivos de la Constitución de 1961, para conceptuar “la organización política y jurídica representada por el poder público frente a las actividades privadas”⁹⁵. La Constitución de 1999, sin duda, sigue el mismo criterio al regular el Estado federal y la distribución vertical del poder público.

En consecuencia, en Venezuela, tratándose de un Estado con forma federal, conforme al cual “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” (art. 136 C.), el “Estado” está básicamente conformado por un conjunto de personas jurídicas que conforman la organización política en el territorio como son la República, los estados y los municipios, y por otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional (*Segunda parte*, § 5).

El Estado, por tanto, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno; lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad y que son las personas jurídicas estatales, las cuales en definitiva conforman el Estado. Estas personas jurídicas estatales, como sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, son las que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque finalmente son las que establecen las relaciones jurídico administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados. Por ello, el quinto principio fundamental del derecho público en Venezuela es el que se refiere a la personalidad jurídica del Estado y a las personas jurídicas estatales.

Las personas jurídicas estatales, sin embargo, no tienen una sola forma jurídica, sino que pueden tener la forma jurídica de derecho público o la forma jurídica de derecho privado, según se constituyan mediante mecanismos de derecho público regulados en la propia Constitución o en las leyes, o mediante los mecanismos regulados en el derecho privado, particularmente en el Código Civil.

En el derecho público venezolano, por tanto, hay dos clasificaciones de las personas jurídicas: por una parte, las personas estatales y no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado o sector público (*Segunda*

94 En este error incurrió, muy impropia y lamentablemente, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. sentencia del 20 de enero de 1983, *Revista de Derecho Público*, n.º 13, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 160 y ss. Cfr. los comentarios críticos a dicha sentencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 571 y ss.

95 Exposición de motivos de la Constitución de 1961, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 21, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1961, p. 373.

parte, § 7); y por la otra, las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, según la forma jurídica adoptada para su creación⁹⁶ (*Segunda parte*, § 6); clasificaciones que han sido acogidas por la Constitución de 1999⁹⁷.

En efecto, el artículo 145 del Texto fundamental, al establecer la inhabilitación de los funcionarios públicos para celebrar contratos con entes que conforman el sector público, se refiere a los municipios, los estados, la República “y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales”. De esta norma, lo que a los efectos de este principio interesa destacar en relación con los funcionarios de las personas jurídicas estatales y la celebración de contratos públicos es la doble distinción señalada que en ella se establece respecto de las personas jurídicas: por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales. La prohibición de contratar que se impone a los funcionarios públicos, por supuesto, es con las personas jurídicas estatales, cualquiera que sea la forma jurídica que tengan, de derecho público o de derecho privado.

Estas dos clasificaciones o distinciones respecto de las personas jurídicas se recogen, además, en otras normas constitucionales: en cuanto a las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, en el artículo 322 C., cuando, al señalar que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, indica que aquélla se fundamenta en el desarrollo integral de la Nación y que su defensa es responsabilidad de los venezolanos y de las “personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado” que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Por otra parte, en los artículos 159 y 168, en los cuales se determina expresamente la personalidad jurídica

96 Cfr. nuestro criterio sobre estas clasificaciones, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29, también en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 57, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135; e íd., *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 223 a 248.

97 Cfr. nuestra propuesta para incorporar en el texto de la Constitución estas clasificaciones y la terminología sobre personas jurídicas estatales y personas jurídicas de derecho público, en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 169 y ss. Sobre la distinción en la Constitución, cfr. íd., “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999”, en *Derecho público contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, vol. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2003, pp. 48 a 54; íd., “El régimen de las personas jurídicas estatales político territoriales en la Constitución de 1999”, en *El derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, t. I, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2003, pp. 99 a 121.

respecto de los estados y municipios como personas jurídicas de derecho público territoriales; en los artículos 142 y 189.1, en los cuales se regula a los institutos autónomos como personas jurídicas de derecho público institucionales, y en el artículo 318, el cual califica expresamente al Banco Central de Venezuela como “persona jurídica de derecho público”.

En cuanto a la integración de las personas jurídicas a la organización general del Estado o al sector público, es decir, a las personas jurídicas estatales, el artículo 190, al regular las incompatibilidades de los diputados a la Asamblea Nacional, entre otros aspectos, dispone que los mismos no pueden ser propietarios, administradores o directores de empresas “que contraten con personas jurídicas estatales”. Por otra parte, en el artículo 180, al regular la inmunidad tributaria de los entes o personas jurídicas político territoriales (República, estados y municipios) entre sí, se señala que la inmunidad frente a la potestad impositiva de los municipios a favor de los demás entes político territoriales “se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos”. Además, el artículo 289, al regular las atribuciones de la Contraloría General de la República, precisa la competencia de este órgano para realizar inspecciones y fiscalizaciones respecto de “las personas jurídicas del sector público”.

De toda esta normativa constitucional deriva, por tanto, como ya hemos señalado, que la expresión genérica de “Estado” comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización política del Estado federal se consideran como parte del mismo, conforme a los tres niveles de distribución territorial del poder público: nacional, estatal y municipal.

Se establecen así, en la Constitución, como hemos indicado, dos clasificaciones respecto de las personas jurídicas: la *primera*, distingue entre las personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público, y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la *segunda*, distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de derecho público, como por ejemplo, los institutos autónomos; y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (“empresas del Estado” o “empresas públicas”, conforme las denominan los arts. 189.1 y 184.4, respectivamente, de la Constitución).

VI. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES: LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER PÚBLICO

I. LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL

El *sexto principio* del derecho público en la Constitución de 1999 es el de la división horizontal o separación orgánica de poderes⁹⁸, que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del poder público: legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral.

La Constitución de 1999, en efecto, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del poder público nacional, al hacerlo entre cinco poderes, agregando a los tradicionales poderes legislativo, ejecutivo y judicial dos nuevos, los poderes ciudadano y electoral⁹⁹. Por tanto, en el nivel nacional se distinguen cinco ramas del poder público: el poder legislativo nacional, el poder ejecutivo nacional, el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus ministros y el resto de los órganos del denominado “Ejecutivo nacional”; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del poder judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus comisiones y juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas¹⁰⁰.

La otrora clásica división del poder entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial sin duda se había roto en el constitucionalismo moderno desde el siglo

98 Cfr. en general, MANUEL GARCÍA PELAYO, “La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. III, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 1403 y 1420; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “La separación de los poderes en Venezuela”, *ibíd.*, pp. 1369 a 1403.

99 Cfr. el comentario en la sentencia 149 del 25 de octubre de 2000 de la Sala Electoral, caso Tulio Pacheco O. vs. Asociación Venezolana de Cultivadores de Tabaco, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p.349.

100 Cfr. en relación con la Constitución de 1999, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ “Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999”, en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit., pp. 619 a 643; JORGE C. KIRIAKIDIS LONGHI, “Notas sobre la estructura orgánica del Estado venezolano en la Constitución de 1999”, *Ibid.*, pp. 1031 a 1082.

xx, de manera que en general el poder público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que en el caso de Venezuela, ahora han sido erigidos en ramas formales del poder público¹⁰¹. Es el caso del poder ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (art. 273), como la Contraloría General de la República (art. 267), el Ministerio Público (art. 284) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y del poder electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (art. 293). En la Constitución de 1999, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose ahora las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (art. 267).

La separación orgánica de poderes, particularmente en cuanto a las relaciones entre los mismos a los efectos de la conducción política de la sociedad, configura en la Constitución un sistema presidencial de gobierno, conforme a la tradición latinoamericana, pero con sujeción parlamentaria¹⁰².

Es de destacar, en todo caso, que la clave de funcionamiento de un sistema de separación orgánica de poderes¹⁰³ es la autonomía e independencia entre los poderes, características que en la Constitución de 1999 resultan seriamente afectadas, entre otras, por las siguientes regulaciones: el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para decretar la destitución del Presidente de la República (art. 233); el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional (arts. 236.21 y 240), y la Asamblea Nacional puede remover a los magistrados del Tribunal Supremo (art. 265), al Contralor General de la Re-

101 Conforme lo ha señalado la sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, caso nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz, la “redistribución orgánica del poder público” que establece la Constitución obedece, “según la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, a la necesidad de otorgar independencia y autonomía funcional a los órganos que están encargados de desarrollar determinadas competencias, especialmente las de ejecución de “procesos electorales, así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos”. Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 38.120 del 2 de febrero de 2005, y *Revista de Derecho Público*, n.ºs 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 142 y ss.

102 Cfr. BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, cit., t. I, pp. 437 y ss. No es correcta la calificación que se hace en la Exposición de motivos de la Constitución sobre el sistema de gobierno venezolano como un “sistema semipresidencial”. Cfr. el texto *ibíd.*, t. II, p. 1146.

103 Sobre el principio de separación de poderes y de colaboración entre los poderes cfr. la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1 de junio de 2000, caso Julio Rico A. vs. Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 415.

pública, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo (art. 279) y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296). La independencia de los poderes, con estas regulaciones, no tiene garantía constitucional alguna.

2. LA DIVISIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ESTADALES Y MUNICIPALES

Pero el principio de la separación orgánica de poderes en forma horizontal no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estatal y municipal. En los estados de la Federación, en efecto, como se ha dicho, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente el poder legislativo y el poder ejecutivo, conformados por los consejos legislativos de los estados y por sus gobernadores (arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública estatal está integrada, en principio, en las gobernaciones de estado. En los estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (art. 163), que ejercen el poder estatal aun cuando la Constitución no los califique como tal poder, como son las contralorías estatales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estatal, pese a que por supuesto no forman parte de la Administración Pública *central* de los estados, la cual depende de las gobernaciones estatales (*Cuarta parte*, § 12).

Además, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los poderes legislativo y ejecutivo locales, conformados, respectivamente, por los concejos municipales, como órganos colegiados que ejercen la función normativa (legislativa) a nivel local; y los alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (arts. 174 y 175)¹⁰⁴. A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública *central* como complejo orgánico depende de los alcaldes. Pero debe indicarse que también en el nivel de los municipios la Constitución establece las contralorías municipales como órganos de control, vigilancia y fiscalización, las cuales por ello gozan de autonomía funcional (art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aun cuando por supuesto no forman

¹⁰⁴ Conforme lo ha señalado la sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit., la Constitución de 1999 “precisó el ámbito de competencias tradicionales entre el poder legislativo –concejo municipal– y el poder ejecutivo –alcalde– en el nivel municipal, y *afianzó considerablemente la diferenciación funcional* que, entre ambos poderes existía en la legislación preconstitucional, concretamente en la Ley Orgánica de Régimen Municipal”.

parte de la Administración Pública *central* de los municipios, la cual depende de las alcaldías (*Cuarta parte*, § 15).

En el ámbito municipal, además, se pueden identificar también como parte integrante de la Administración municipal que depende del alcalde, a los jueces de paz, que si bien son de elección popular organizada por el poder electoral, se integran en la estructura organizativa administrativa del municipio¹⁰⁵, aun cuando ejercen la función jurisdiccional¹⁰⁶.

VII. EL PRINCIPIO DEL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

I. LA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO Y LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL ESTADO

Hemos analizado anteriormente, como principios del derecho público en la Constitución de 1999, tanto el de la distribución vertical del poder público como el de la separación orgánica de poderes (división horizontal) en las diversas ramas territoriales. Por ello, por ejemplo, a nivel nacional se pueden distinguir los órganos que ejercen el poder legislativo (la Asamblea Nacional), de los órganos que ejercen el poder ejecutivo (el Presidente de la República y demás órganos de la Administración Pública), de los órganos que ejercen el poder judicial (Tribunal Supremo de Justicia y tribunales), de los órganos que ejercen el poder ciudadano (Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República), y de los órganos que ejercen el poder electoral (Consejo Nacional Electoral).

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 136 C., “cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”; lo que significa que la asignación de funciones propias a los órganos que ejercen los poderes públicos, no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica¹⁰⁷.

105 Como lo ha dicho la sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit., “la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz –no así del procedimiento de elección de sus jueces– es competencia exclusiva del municipio, bien a través de la ejecución y administración que corresponda al alcalde (artículos 174 y 175 de la Constitución)”.

106 Cfr. sentencia de la Sala Constitucional del 5 de octubre de 2000, caso Héctor Luis Quintero, citada en sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit.

107 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 373 y ss.

Tal como recientemente lo ha reconocido la Sala Constitucional en sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 (caso Nulidad de artículos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz):

No escapa a la Sala que, tal como argumentó en este juicio la representación de la Asamblea Nacional, el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, *“cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”*.

Principio de colaboración de los poderes públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, una confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del poder público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (v. la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (v. resolución de conflictos entre particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (v. la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras)¹⁰⁸.

Por tanto, todos los órganos del Estado, en una u otra forma, ejercen la totalidad de las funciones del Estado, lo que responde al séptimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999: el principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado, el cual también tiene especial importancia para el derecho administrativo, pues permite identificar a la función administrativa y su ejercicio por los diversos órganos del Estado.

Es decir, tal como la antigua Corte Suprema de Justicia lo había señalado, la división de la potestad estatal (el poder público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la “separación” de las funciones estatales¹⁰⁹. Por tanto, el hecho de que exista una separación orgánica “de poderes” no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, pues paralelamente

108 Sentencia 3098 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional, cit.

109 Cfr. p. ej., antigua Corte Federal, sentencia del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77; y antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencias del 18 de julio de 63, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117; 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; y 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss.

a las “funciones propias” de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales¹¹⁰. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza¹¹¹.

En la expresión constitucional, por “función” ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del poder público pueden cumplirse; o en términos de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, “de funciones ‘esenciales’ que el Estado, por medio de sus distintos poderes públicos, está obligado a satisfacer tanto por imperativo constitucional, como legal”¹¹². De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable, salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal¹¹³; y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos del Estado¹¹⁴.

110 Cfr. antigua Corte Federal, sentencia del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77; y antigua Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, p. 116.

111 Cfr. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117.

112 Cfr. sentencia 1286 del 6 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 148.

113 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 105. Cfr. en general, sobre las funciones del Estado, MARÍA E. SOTO HERNÁNDEZ y FABIOLA DEL VALLE TAVARES DUARTE, “Funciones del Estado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. II, cit., pp. 414 a 457; GONZALO PÉREZ LUCIANI, “Funciones del Estado y actividades de la Administración”, *Revista de Derecho Público*, n.º 13, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 21 a 30.

114 El carácter flexible, no rígido ni absoluto, del principio en su aplicación en Venezuela, ha sido destacado repetidamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En particular, cfr. Corte Federal y de Casación, Sala Político Administrativa, sentencia del 23 de febrero de 1950, *Gaceta Forense* n.º 4, Caracas, Ministerio de Justicia, 1950, pp. 84 a 39; de la Corte Federal y de Casación en Corte Plena, sentencia del 26 de mayo de 1951, *Gaceta Forense* n.º 8, Caracas, Ministerio de Justicia, 1952, p. 114; y Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencias del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 117 a 118; 27 de mayo 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 a 118; 22 de abril de 1969, *Gaceta Forense* n.º 64, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 5 a 15; 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, 1969, pp. 70 a 74, y 1.º de junio de 1972, *Gaceta Oficial* n.º 1.523 extra., del 1.º de junio de 1972, p. 9. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Algunas bases del derecho público en la jurisprudencia venezolana”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 27, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1963, pp. 143 y 144. Las referencias jurisprudenciales pueden también consultarse en íd., *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973)* y *Estudios de derecho administrativo*, t. 1, “El ordenamiento constitucional y funcional del Estado”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 147 y ss.

2. LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL ESTADO

En el mundo contemporáneo estas funciones, como tareas inherentes a los órganos del Estado, pueden reducirse a las siguientes: función normativa, función política, función administrativa, función jurisdiccional y función de control; a las cuales se pueden reconducir todas las actividades del Estado.

Dichas funciones, realizadas en ejercicio del poder público por los órganos estatales, sin embargo, como se dijo, no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales. Como lo ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, “los distintos poderes del Estado pueden dictar actos que rebasan o escapan de su función natural, verbigracia, la facultad del poder del Ejecutivo de reglamentar leyes, o en el caso específico del poder judicial, la facultad del Juez de imponer multas, o destituir funcionarios, los cuales constituyen actos distintos a su función, cual es la de emitir actos o decisiones judiciales”¹¹⁵.

A. LA FUNCIÓN NORMATIVA

En efecto, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general¹¹⁶. La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el poder legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional, a los consejos legislativos y a los concejos municipales, se realiza también por otros órganos del poder público. En particular, sobre la existencia de esta “función normativa” en el nivel territorial municipal, la Sala Político Administrativa ha indicado que:

Esta misma posición es la que sostiene nuestra doctrina al referirse a la autonomía normativa al señalar que “tanto la República como los Estados y los municipios tienen autonomía normativa, en el sentido de que pueden regular o normar las materias de su respectiva competencia, sin injerencias de ningún otro órgano, salvo las limitaciones establecidas en la propia Constitución, que es la que distribuye el poder...” (Vid. BREWER-CARIAS, ALLAN, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, EJV-UCAT, p. 18).

¹¹⁵ Cfr. sentencia 21 del 23 de enero de 2002, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 203

¹¹⁶ Cfr. antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, p. 116.

En el mismo sentido, el profesor ALLAN BREWER CARIÁS, al referirse a la función normativa, —con respecto al texto constitucional de 1961— señala que: [...] cuando el artículo 139 atribuye al Congreso, la tarea de legislar sobre las materias de la competencia nacional, está atribuyendo la función normativa a uno de los órganos que ejercen alguno de los poderes del Estado: la función propia de las Cámaras Legislativas, como lo dice el mencionado artículo 118 de la Constitución, es la función normativa. El mismo supuesto lo encontramos en el artículo 20, donde se atribuye competencia a las Asambleas Legislativas de los Estados, para “legislar sobre las materias de la competencia estatal”. Indirectamente también puede identificarse la función normativa a nivel municipal, como un signo de la autonomía¹¹⁷.

Ahora bien, en el nivel nacional, ante todo debe destacarse que la potestad de dictar leyes, corresponde esencialmente a la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (art. 203), siendo estas leyes, por su generalidad e imperatividad, el tipo ideal de actos dictados en ejercicio de la función normativa.

Pero, en el ordenamiento jurídico venezolano como se ha dicho, otros órganos del poder público también ejercen esta función creadora de normas jurídicas¹¹⁸, incluso en algunos casos con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley habilitante la Asamblea Nacional delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley (art. 236.8), sin duda ejerce la función normativa; e igualmente, cuando reglamenta las leyes (art. 236.10). Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia también ejerce la función normativa cuando dicta los reglamentos necesarios a los efectos de asegurar la dirección y gobierno del poder judicial (art. 267)¹¹⁹. De la misma manera ejercen la función normativa los órganos del poder ciudadano cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad¹²⁰, al igual que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del poder electoral, cuando reglamenta las leyes electorales (art. 293.1)¹²¹.

117 Cfr. sentencia 713 del 30 de marzo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 191.

118 Cfr. la sentencia 1447 del 3 de junio de 2003 de la Sala Constitucional, caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 192.

119 Cfr. p. ej., artículo 6.1, 10 y 12, *Gaceta Oficial* n.º 37.942 del 19 de mayo de 2004. Cfr. LAURA LOUZA SCOGNAMIGLIO, “La potestad reglamentaria del poder judicial”, *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 9 a 45.

120 Artículos 3.º, 14.2 y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 29, 20, 34, 36, 40, 43, 46 y 51 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en *Gaceta Oficial* n.º 37.995 del 5 de agosto de 2004.

121 Además, artículos 32 y 29 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, *Gaceta Oficial* n.º 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

Por tanto, la función normativa, como actividad privativa e inherente al Estado mediante la cual sus órganos pueden crear, modificar o extinguir con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, se ejerce por los cinco grupos de órganos estatales en ejercicio del poder público: por la Asamblea Nacional, actuando como cuerpo legislador y en virtud de sus poderes reguladores de los *interna corporis*, en ejercicio del poder legislativo nacional; por el Presidente de la República y otros órganos ejecutivos, en ejercicio del poder ejecutivo nacional¹²²; por el Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del poder judicial; por el Consejo Moral Republicano, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, en ejercicio del poder ciudadano; y por el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del poder electoral¹²³.

La función normativa, por tanto, si bien es una “función propia” de la Asamblea Nacional, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea Nacional es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados “leyes”. En efecto, sólo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador puede dictar leyes; sólo la Asamblea puede dictar sus *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates), y sólo ella puede crear normas jurídicas generales ejerciendo atribuciones establecidas directamente en la Constitución sin condicionamiento legal alguno. Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, a excepción de los decretos leyes habilitados (dictados por el Presidente de la República una vez que se ha dictado la ley habilitante), lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales (como los reglamentos) y siempre bajo el condicionamiento de las leyes, nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. Además, sujetos a las leyes y con los límites que le impone la reserva legal. Como lo ha destacado la sala Constitucional del Tribunal Supremo, “no sólo es inválido dictar un reglamento en materia de la reserva legal, sino que tampoco puede hacerse contrariando las disposiciones expresas de la ley reglamentada

122 Cfr. JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, “Las potestades normativas del Presidente de la República”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. IV, cit., pp. 2025 a 2080; ANTONIO MOLES CAUBET, “La potestad reglamentaria y sus modalidades”, *ibíd.*, pp. 2081 a 2104; GONZALO PÉREZ LUCIANI, “La actividad normativa de la administración”, *Revista de Derecho Público*, n.º 1, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 19 a 44, y *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 8, Universidad de los Andes, Mérida, 1977, pp. 83 a 122.

123 Cfr. sentencia del 4 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional 2073, *Revista de Derecho Público*, n.º 03 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 214.

e incluso su espíritu. Es evidente que si el Ejecutivo está imposibilitado para reglamentar una ley desapegándose de su espíritu, propósito y razón, también debe someterse a lo que la propia ley reglamentada le establezca como límite de su poder normativo”¹²⁴.

En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; y los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal¹²⁵. Sin embargo, los decretos leyes habilitados que puede dictar el Presidente de la República, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene son de rango y valor de ley, y puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

B. LA FUNCIÓN POLÍTICA¹²⁶

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como Jefe del Estado y Jefe del Gobierno de la República¹²⁷, dirigiendo la acción de

¹²⁴ Cfr. sentencia 1447 del 3 de junio de 2003, caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 387.

¹²⁵ El carácter sublegal de los reglamentos surge, inclusive, en aquellos casos en que el reglamento, en virtud de delegación legislativa, complementa la ley. En esos casos, el reglamento se dicta en ejecución directa de la ley y no de la Constitución, por lo que nunca podría tener igual rango que la ley. Al contrario, la antigua Corte Suprema de Justicia ha señalado en sentencia de la Sala Político Administrativa del 27 de enero de 1971: “La ley de la materia (Ley de Pilotaje) sólo contiene disposiciones que, por su carácter general, pueden aplicarse a todas las zonas de pilotaje actualmente existentes o que se crearen en el futuro, pero la determinación de los límites de éstas, de los requisitos que deben llenarse mientras se navegue por ellas, de los símbolos, luces y señales especiales que deberán usarse en las mismas, en la cuantía del derecho de habilitación y de la forma de distribución de los ingresos provenientes del mismo, así como la regulación de otras materias semejantes, ha sido expresamente confiado, en el articulado de la ley, al poder ejecutivo, quien con tal objeto debe dictar tantos reglamentos como sea necesario, teniendo en cuenta las características o peculiaridades de cada zona. Estos reglamentos no tienen por objeto desarrollar disposiciones legales ya existentes, sino complementar la ley que reglamentan con otras previsiones sobre materias expresamente señaladas por el legislador, por lo cual tienen en nuestro ordenamiento jurídico el mismo rango (*sic*) que los actos legislativos. Podría decirse que son decretos leyes sobre materias cuya regulación reserva el Congreso al poder ejecutivo por consideraciones de orden práctico”, *Gaceta Oficial* n.º 1.472 extra., del 11 de junio de 1971, p. 18.

¹²⁶ En cuanto a esta función del Estado hemos ajustado la terminología que habíamos utilizado en los setenta, de “función de gobierno”, sustituyéndola por “función política” por considerarla más precisa, y reservar la expresión “gobierno” para identificar los “actos de gobierno”. Cfr. BREWER-CARIAS, *Derecho administrativo*, t. I, cit. Cfr. en general, sobre esta función, MARÍA E. SOTO HERNÁNDEZ, “Formas jurídicas de actuación de la Administración Pública nacional en el ejercicio de la función de gobierno”, en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit., 2002, pp. 805 a 826.

gobierno (arts. 226 y 236.2). A través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal alguno, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (arts. 236.4, 9 y 20). También puede considerarse que ejerce la función política cuando decreta los estados de excepción y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a pesar de que la Constitución dispuso que una ley orgánica deba regular la materia (art. 338)¹²⁸.

La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el poder ejecutivo en esta forma, realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política y la función administrativa¹²⁹. La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (art. 338), no puede limitar las facultades políticas del Jefe del Estado¹³⁰. La función

127 Aun cuando en algunos casos podría no haber coincidencia, podría decirse que, en general, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones de Jefe del Estado en ejercicio de la función política, y de Jefe del Ejecutivo nacional en ejercicio de la función administrativa.

128 Cfr. la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, Ley n.º 32, *Gaceta Oficial* n.º 37.261 del 15 de agosto de 2001.

129 La distinción entre “gobierno” y “administración” es comúnmente empleada por la Constitución, p. ej., en los artículos 6.º, 18, 160, 169, 171, 174, 178, 185, 187, 236, 239, 251 y 267. En tal sentido, al referirse a los órganos del poder ejecutivo de los estados en la Constitución de 1961, la antigua Corte Suprema señaló: “El artículo 21 de la Constitución atribuye al Gobernador del Estado, el gobierno y la administración de la Entidad, como Jefe del Ejecutivo del Estado y Agente del Ejecutivo Nacional o en su respectiva circunscripción. En esta forma, el poder ejecutivo estatal realiza funciones de gobierno, como poder político y funciones que atienden a otra actividad distinta, como poder administrador”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 30 de junio de 1966, *Gaceta Forense* n.º 52, Caracas, Ministerio de Justicia, 1968, p. 231. Cfr., sobre la distinción entre función administrativa y función política como actividades que se realizan en ejercicio del poder ejecutivo, el voto salvado a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena del 29 de abril de 1965, Imprenta Nacional, 1965, pp. 53 y ss.; y *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1963, Caracas, 1964, pp. 179 y 180.

130 El legislador, p. ej., no podría limitar las atribuciones del Presidente de convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.

política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal¹³¹.

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del poder ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del poder legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley¹³², sea mediante leyes¹³³. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del poder legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero aunque esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusivo de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función política mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno) se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea Nacional.

C. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, o sea, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dicho que:

La función jurisdiccional, en contraste con las funciones legislativa y ejecutiva, tiene por objeto el declarar la voluntad de la ley respecto a una determinada controversia jurídica, la cual tiene nacimiento en la inconformidad de un sujeto que, considerándose

131 Sobre la distinción entre los actos del poder ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución o en ejecución directa de la ley, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 13 de febrero de 1968, *Gaceta Forense* n.º 59, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, p. 85. En todo caso, una cosa es atribuir a la función política rango legal y otra es atribuirle “naturaleza legislativa”. El decreto de restricción de garantías constitucionales, p. ej., tiene rango legal, por cuanto puede “restringir” temporalmente la vigencia de una ley, lo que implica que la modifique ni la derogue. Si la derogara, el acto tendría “naturaleza legislativa”. Sobre esta confusión, cfr. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1971, Caracas, 1972, p. 189.

132 Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para salir del territorio nacional (art. 187.17 C.); o cuando reserva al Estado determinadas industrias o servicios, art. 302.

133 La ley que decreta una amnistía, p. ej. (art. 186.5 C.).

asistido por un derecho subjetivo contenido en un precepto o norma jurídica, denuncia la conducta de otro sujeto como lesiva de su particular situación jurídica¹³⁴.

El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el poder ejecutivo¹³⁵ realizan funciones jurisdiccionales cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia¹³⁶. En tales casos dictan actos administrativos, impropiaamente denominados por la jurisprudencia, como “actos cuasi jurisdiccionales”¹³⁷ o como “actos cuasi judiciales”¹³⁸. Sobre

134 Cfr. Sala Constitucional, sentencia del 18 de febrero de 2000, caso Juan G. Medina O. vs. Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, *Revista de Derecho Público* n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 100. Cfr. igualmente Sala Constitucional, sentencia 2673 del 14 de diciembre de 2001, caso DHL Fletes Aéreos, C.A. y otras vs. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 85 y 86, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 314

135 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117; 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y 118, y 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss.

136 Cuando la Administración decide, p. ej., la oposición a una solicitud de registro de marca de fábrica conforme a la Ley de Propiedad Industrial, *Gaceta Oficial* n.º 25227 del 10 de diciembre de 1956; cuando decide la oposición a una solicitud de otorgamiento de una concesión de explotación forestal, conforme a la Ley Forestal, de Suelos y Aguas (art. 6.º), *Gaceta Oficial* n.º 997, extr., del 8 de enero de 1966; o cuando la Superintendencia de Protección y Promoción a la Libre Competencia decide un conflicto entre empresas competidoras, conforme a la Ley de Promoción y Protección a la Libre Competencia, *Gaceta Oficial* n.º 34.880 del 13 de enero de 1992.

137 Cfr. p. ej., Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 2855 del 20 de noviembre de 2002, caso Impugnación de varios artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 330.

138 Cfr. las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 30 de marzo de 2000, caso Pedro J. Valente y otra vs. República, Dirección de Inquilinato, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 203; y 1062 del 3 de agosto de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 235. En Corte Primera, sentencia del 30 de abril de 2003, caso Confecciones Olímpico C. A. vs. Comisiones Tripartitas Laborales, se resumió el criterio jurisprudencial precedente en relación con la naturaleza de los actos emanados de las Comisiones Tripartitas Laborales, como actos de naturaleza “cuasi judicial”, expresando que: “En primer lugar, es pertinente dilucidar la diferencia, que debe establecerse entre el significado de los términos “cuasi jurisdiccional”, término utilizado por la doctrina y jurisprudencia nacional y “cuasi judicial”, denominación empleada en el derecho anglosajón, pues el vocablo “judicial” obedece a la acción de juzgar, decidir, valorar o adjudicar, mientras que el término “jurisdiccional” esta relacionado con la soberanía, el poder o potestad, que es exclusiva de los órganos de la administración de justicia. Considera esta Corte, que es inadecuada la utilización de este último término, que ha venido haciendo pacíficamente tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional de los últimos años. / Esta Corte observa, que es más

tales situaciones de ejercicio de la función jurisdiccional por los órganos de la Administración Pública, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia 1318 del 2 de agosto de 2001 (caso Nicolás J. Alcalá R. vs. Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar) ha indicado:

Existen ciertas actuaciones realizadas por la Administración, que son el resultado de un procedimiento de carácter contencioso, tramitado ante esa instancia, que tiene como propósito poner fin en sede administrativa a un litigio entre particulares. Son las llamadas por algún sector de la doctrina, actuaciones cuasijurisdiccionales que tienen por finalidad componer una controversia sin que la propia Administración se encuentre directamente vinculada al conflicto, a no ser su interés como órgano de inspección y vigilancia. Es decir, se trata de situaciones en las que la autoridad administrativa administra justicia, decidiendo una controversia Inter partes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial. Tal como sucede verbigracia en los casos que resuelven los órganos administrativos en materia inquilinaria. (Cabe citar a este respecto una decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, del 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, en la que se expresan las dos conclusiones importantes a que llegó esa Corte en aquella oportunidad, a saber: Se reconoce la posibilidad de la emisión de actos de naturaleza jurisdiccional por parte de órganos administrativos; y b) se niega la posibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación ante la Corte, por tratarse de actos que no emanan del poder ejecutivo nacional [Ministerio del Trabajo]).¹³⁹

Pero la Asamblea Nacional también participa en la función jurisdiccional cuando, por ejemplo, autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República (art.

adecuada la utilización de la denominación actos “cuasi judiciales”, en virtud de que la administración realiza una función de “cuasi juzgamiento”, aplicando criterios de justicia, en su propia sede, con sus propias agencias, mediante sus propios funcionarios y en virtud de atribuciones otorgadas expresamente por la Ley. Las notas características de los actos administrativos “cuasi judiciales”, se basan en que los procedimientos que preceden su emanación, guardan gran semejanza con los procedimientos ventilados en los tribunales, donde tiene lugar el cumplimiento de una serie de actuaciones, como, la notificación de los interesados para que presenten sus alegatos y consideraciones, la existencia de un lapso probatorio que conduce a la decisión y además, la valoración realizada por la administración para dictar tales decisiones, obedece a criterios de justicia, en relaciones sustantivas existentes entre dos partes. / Puede considerarse, de acuerdo a calificada doctrina del derecho comparado, que los actos administrativos ‘cuasi judiciales’ se producen en aquellos casos donde se establecen relaciones triangulares entre dos sujetos particulares con intereses contrarios y la Administración como ente dotado de potestad decisoria en tales relaciones, determina algo emparentado con un “*lis inter partes*”. Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Pedro José Valente y Rafaella Valente vs. Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, exp. n.º 99-21995, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p 414.

¹³⁹ Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 254.

266.2). Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del poder público: por el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del poder ejecutivo nacional.

La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Es decir, el “ejercicio de la jurisdicción [no está] supeditado a la jurisdicción ejercida por el poder judicial”¹⁴⁰. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias. Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del poder judicial pueden desarrollar la “función judicial” (función jurisdiccional ejercida por los tribunales)¹⁴¹. Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

D. LA FUNCIÓN DE CONTROL

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

¹⁴⁰ Es el caso de la función jurisdiccional ejercida por los jueces de paz, que no están integrados en el poder judicial, sino en la Administración Municipal. La Sala Constitucional, por ello, ha señalado que “No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos, cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias [...] tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa”. Cfr. sentencia del 5 de octubre de 2000, caso Héctor Luis Quintero, citada en sentencia 3098 de la Sala Constitucional, cit.

¹⁴¹ Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1.º de junio de 2000, caso Julio Rico A. vs. Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en la cual se hace mención a la “función judicial” como la función jurisdiccional ejercida por los jueces, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 286.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el poder ciudadano, pero en este caso ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional¹⁴².

En efecto, la Asamblea Nacional, en ejercicio del poder legislativo, ejerce la función de control sobre el Gobierno y la Administración Pública nacional y los funcionarios ejecutivos (arts. 187.3 y 222)¹⁴³; el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública (art. 226), y los órganos que ejercen el poder ejecutivo ejercen facultades contraloras sobre las actividades de la propia Administración¹⁴⁴ y además, controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del poder electoral, ejerce el control de las actividades de los órganos subordinados (art. 293), de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos (art. 293); y el Tribunal Supremo de Justicia ejerce las función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado (arts. 259 y 336).

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del poder público: por la Contraloría General de la República, el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, en ejercicio del poder ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del poder legislati-

142 Sobre la actividad electoral, como típica función administrativa, o más precisamente como “función de control”, se pronunció la Sala Constitucional en sentencia 3098, cit., al señalar: “Así, la actividad de contenido electoral es una manifestación del ejercicio de la función administrativa, en concreto, de la actividad administrativa de policía (*lato sensu*) o de control y supervisión, a través de la cual se despliegan distintas actuaciones que se formalizan mediante procedimientos administrativos, y que están dirigidas a la garantía y control del efectivo y correcto ejercicio de los derechos políticos que individual o colectivamente, reconoce la Constitución, así como el respeto a los derechos políticos de los demás. Puesto que se trata de una competencia administrativa, su ejercicio no debería corresponder, en principio y tal como alegó la parte actora, al Concejo municipal, al menos a raíz de la vigencia de la Constitución de 1999, la cual delimitó formalmente las ramas ejecutiva y legislativa en el nivel municipal, a cada una de las cuales dotó de funciones públicas concretas”. Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 38.120 del 2 de febrero de 2005, y *Revista de Derecho Público*, n.ºs 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 139 y ss.

143 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Aspectos del control político sobre la Administración Pública”, *Revista de Control Fiscal*, año XXII, n.º 101, Caracas, Contraloría General de la República, 1981, pp. 107 a 130.

144 Cfr. sentencia 1553 del 29 de noviembre de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Instituto de Previsión, Capacitación y Desarrollo Humano (INPRECADES) y otro vs. Consejo Nacional de Universidades, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 123.

vo; por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del poder ejecutivo y del poder electoral. La función de control, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos que ejercen el poder ciudadano, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

E. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función política o de conducción del Gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional), y de la función de vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), el Estado ejerce la función administrativa, como gestor del interés público, a través de la cual las personas jurídicas estatales entran en relación con los particulares, como sujetos de derecho¹⁴⁵. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa)¹⁴⁶.

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado

¹⁴⁵ Cfr. BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit., p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala SANTI ROMANO, “no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del poder legislativo”: “Prime pagine di un Manuale di diritto amministrativo”, en *Scritti minori*, Milano 1950, p. 363, cit. por J. M. BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, vol. 1, Madrid, 1972, p. 59. “Cuando el Estado juzga —señala J. GONZÁLEZ PÉREZ—, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al derecho [...] [C]uando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico”, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, 1966, p. 37.

¹⁴⁶ En este sentido, antigua la Corte Suprema de Justicia ha señalado, al referirse a la función administrativa, que en ella el Estado “no realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Política Administrativa, sentencias del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y ss.; 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss. En estas sentencias, sin embargo, como veremos, la Corte confunde la función estatal con el acto estatal.

es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares¹⁴⁷, como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado se concrete en el orden interno, básicamente cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con la función normativa, política, jurisdiccional y de control, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del poder público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos y electorales, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa, como por ejemplo, la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa¹⁴⁸.

Por su parte, los órganos que ejercen el poder judicial o el poder ciudadano realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones¹⁴⁹.

En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del poder público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del poder ejecutivo nacional y del poder electoral; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del poder legislativo, y por los tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos y electorales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del poder público, teniendo en todo caso carácter sublegal.

147 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 13 de marzo de 1967, *Gaceta Forense* n.º 55, Caracas, Ministerio de Justicia, 1968, p. 107.

148 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117, y 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, p. 115.

149 Cfr., además, sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1.º de junio de 2000, caso Julio Rico A. vs. Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 286 y 415. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Consideraciones sobre la impugnación de los actos de registro en la vía contencioso administrativa”, en *Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975.

3. LAS “FUNCIONES PROPIAS”

De lo anterior resulta que la Constitución no sólo distribuye el poder público en “ramas”, sino que asigna a cada una de ellas y a sus órganos, conformados de acuerdo a la división del poder en cada nivel, algunas de las funciones antes indicadas como funciones propias.

En cuanto a la rama nacional del poder público, es decir, el poder público nacional (art. 136), la Constitución atribuye su ejercicio a cinco órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias:

En esta forma, la Asamblea Nacional ejerce el poder legislativo nacional (art. 186) y se le atribuye como función propia, tanto la función normativa (“legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187.1) como la función de control (art. 222). En cuanto a la función normativa ejercida como “función propia” por los órganos del poder legislativo, la Sala Constitucional la ha calificado como “función legislativa” en tanto que “especie de la función normativa”¹⁵⁰.

En cuanto al Presidente de la República y demás funcionarios determinados en la Constitución y la ley, estos ejercen el poder ejecutivo nacional (art. 225) y se les atribuyen como funciones propias la función política (arts. 226 y 233.2), la función administrativa, la función de control y la función normativa (art. 236).

El Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que determina la Constitución y la ley ejercen el poder judicial, y se les atribuye como funciones propias la función jurisdiccional (art. 253), la función de control (arts. 259 y 336) y la función administrativa (gobierno y administración del poder judicial, art. 267). En cuanto a la función jurisdiccional ejercida como “función propia” por los órganos del poder judicial, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la ha calificado como “función judicial” en tanto que especie de la función jurisdiccional¹⁵¹.

El Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República ejercen el poder ciudadano (art. 273), a los que se les atribuyen como funciones propias la función de control (vigilancia, inspección, fiscalización) sobre actividades de la Administración

150 Cfr. sentencia 340 del 9 de marzo de 2004, caso Impugnación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías municipales y distritales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 220.

151 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1.º de junio de 2000, caso Julio Rico A. vs. Juzgado Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en la cual se hace mención a la “función judicial” como la función jurisdiccional ejercida por los jueces, cit.

Pública, de los órganos judiciales y de los administrados (arts. 274, 281, 285 y 289) y la función administrativa.

Y por último, el Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados ejercen el poder electoral (art. 292), y se les atribuyen como función propia la función administrativa, la función de control y la función normativa (art. 292).

Sin embargo, el hecho de que cada uno de esos órganos nacionales tenga funciones propias no significa que las ejerzan con carácter de exclusividad, pues no sólo en su ejercicio algunas veces intervienen otros órganos, sino que su ejercicio se atribuye también a otros órganos.

Por otra parte, se destaca que en cuanto a la rama estatal del poder público, es decir, el poder público estatal, la Constitución atribuye su ejercicio a tres órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: los consejos legislativos estatales, que ejercen el poder legislativo de los estados, y se les atribuye como función propia la función normativa (art. 162.1); los gobernadores, quienes ejercen el poder ejecutivo de los estados, y se les atribuye, como funciones propias, las funciones política y administrativa (art. 160); y las contralorías estatales, a las cuales se asigna como función propia la función de control (art. 163).

Por lo que se refiere a la rama municipal del poder público, es decir, el poder público municipal, la Constitución también atribuye su ejercicio a tres órganos separados e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: los concejos municipales, que ejercen el poder legislativo municipal, y se les atribuye como función propia, la función normativa (“función legislativa”, art. 175) del municipio; los alcaldes, que ejercen el poder ejecutivo municipal, y se les atribuyen, como funciones propias, las funciones política y administrativa del municipio (art. 174); y las contralorías municipales, a las cuales se asigna como función propia la función de control (art. 176). La Constitución, adicionalmente, asigna a los municipios la función jurisdiccional, pero exclusivamente mediante la justicia de paz (art. 178.8) conforme a la ley nacional (art. 258).

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El poder público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que les son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado¹⁵². La noción de poder es entonces previa a la de

152 Cfr. BREWER-CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit., pp. 105 y ss.

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

4. LA AUSENCIA DE COINCIDENCIA DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE “PODERES” (DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO) Y LA ASIGNACIÓN DE FUNCIONES ESTATALES

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que a nivel de cada una de las cinco ramas del poder público nacional (o de las dos ramas de los poderes públicos estatales y municipales), si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos nacionales, estatales y municipales¹⁵³; órganos ejecutivos nacionales, estatales y municipales; órganos de control nacionales, estatales y municipales, y órganos judiciales y electorales exclusivamente nacionales; pero las funciones normativas, política, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica.

De allí que, como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional venezolano, puede afirmarse que la “división del poder” no coincide exactamente con la “separación de funciones”¹⁵⁴. Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del

153 Cfr., p. ej., sentencia del 14 de marzo de 1962 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, *Gaceta Forense*, n.º 35, Caracas, Ministerio de Justicia, 1962, pp. 177 y ss.

154 En tal sentido, expresamente se pronunció la antigua Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades: p. ej., Corte Federal, sentencias del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77, y Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117; 27 de mayo de 1963, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss.; y 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss. No tiene sentido, por tanto, el intento que se ha hecho en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 por identificar

Estado, además de sus “funciones propias”, ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros. Estos dos aspectos de la situación de la separación de poderes en Venezuela requieren, indudablemente, un tratamiento separado.

En *primer lugar*, la flexibilidad del principio de la separación de poderes resulta, tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema, de que:

... si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas¹⁵⁵.

El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otros¹⁵⁶, pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

La antigua Corte Suprema, en este sentido, inclusive fue aun más clara y terminante al señalar:

Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta

determinadas “funciones” con los órganos municipales, así: la “función ejecutiva”, desarrollada por el alcalde a quien corresponde el gobierno y la Administración; la “función deliberante” que corresponde al concejo municipal, integrado por concejales; la “función de control fiscal” que corresponde a la contraloría municipal, y la “función de planificación”, que es ejercida en corresponsabilidad con el consejo local de planificación pública (art. 45). Aparte de que en esta enumeración no siempre se trata de “funciones” del Estado, la coincidencia legal es imposible. Cfr. el texto de la ley, *Gaceta Oficial* n.º 38204 del 8 de junio de 2005.

155 Cfr. antigua Corte Federal, sentencia del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, p. 77. En otra sentencia, al referirse a las funciones estatales, la Corte las diferenció así: “No realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la *función administrativa*”, sentencia del 18 de julio de 1963 de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en *Gaceta Forense*, n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, p. 116.

156 Cfr. antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena, sentencia del 26 de mayo de 1951, *Gaceta Forense* n.º 8, Caracas, Ministerio de Justicia, 1952, p. 114, y Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, sentencia del 12 de junio de 1968, publicación del Senado de la República, 1968, p. 201.

a las que por su naturaleza les incumbe [...] La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al poder legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al poder judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al poder ejecutivo funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del poder ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución nacional; toda vez que el reglamento es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial¹⁵⁷.

De acuerdo con esta doctrina, que compartimos, entonces, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en primer lugar, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del poder público; y en segundo lugar, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

VIII. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTERFUNCIONAL DE LOS ACTOS ESTATALES

I. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS FUNCIONES Y ACTOS ESTATALES

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

¹⁵⁷ Esta doctrina fue establecida en Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y 117, y ratificada por la misma Corte y Sala en sentencias del 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 a 118, y 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 a 74. Puede verse también en BREWER-CARIAS, "Algunas bases del derecho público", cit., p. 144.

Pero, en el ordenamiento jurídico venezolano tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal¹⁵⁸. Ello conlleva al octavo de los principios fundamentales del derecho público venezolano conforme a la Constitución de 1999, que es el del carácter interfuncional de los actos estatales, de particular importancia para el derecho administrativo, en virtud de que precisamente los actos administrativos se dictan en ejercicio de varias funciones estatales¹⁵⁹.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República), de sus órganos judiciales (tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

En cuanto a la función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional) y de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

La función de control la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral

158 La distinción entre funciones del Estado, que la doctrina ha realizado, muchas veces se confunde al querer identificar un tipo de acto jurídico estatal con la función ejercida por el Estado. Nosotros mismos hemos incurrido en esta confusión, BREWER-CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit., pp. 108 y ss. En igual confusión incurrió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1963, *Gaceta Forense* n.º 41, Caracas, Ministerio de Justicia, 1963, pp. 116 y ss.; 27 de mayo de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 115 y ss., y 9 de julio de 1969, *Gaceta Forense* n.º 65, Caracas, Ministerio de Justicia, 1969, pp. 70 y ss. Asimismo, a pesar de su intento de “distinguir” la actividad de la función, GONZALO PÉREZ LUCIANI incurre en igual confusión al afirmar que “la actividad que tomada globalmente sea relevante jurídicamente se puede decir que es una *función*”; “Actos administrativos que en Venezuela escapan al recurso contencioso administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 6, 1967-1968, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p. 196.

159 Cfr. BREWER-CARIAS, *Derecho administrativo*, t. I, cit., pp. 391 y ss.; id., “El problema de la definición del acto administrativo”, en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, t. I, Caracas, 1984, pp. 25 a 78.

Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral), de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia) y de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República).

En consecuencia, de lo anterior no puede concluirse señalando que todo acto dictado en ejercicio de la función normativa sea un acto legislativo; que todo acto dictado en ejercicio de la función política sea un acto de gobierno; que todo acto dictado en ejercicio de la función jurisdiccional sea un acto judicial; que todo acto dictado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo, o que todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa sea también un acto administrativo.

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

2. LOS DIVERSOS ACTOS ESTATALES

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

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función normativa, es decir, crea normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta *leyes* (art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.19). Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función política, es decir, interviene en la formulación de las políticas nacionales, lo hace a través de leyes (art. 303) o a través de actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.10).

En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la Asamblea Nacional concretiza su acción a través de un acto parlamentario sin forma de ley (266.2).

Cuando la Asamblea Nacional ejerce sus funciones de control del Gobierno y la Administración Pública también dicta actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.3).

Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por la Asamblea Nacional, ella puede concretizarse en leyes (187.9)¹⁶⁰, en actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187.12) o en actos administrativos (art. 187.22).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el poder ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realizan la función normativa, ésta se concretiza en decretos leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales) (arts. 236.10 y 266.5).

En el caso de los decretos leyes¹⁶¹, estos pueden ser decretos leyes delegados dictados en virtud de una habilitación legislativa (arts. 203 y 236.8), decretos leyes de organización ministerial (art. 236.20)¹⁶² y decretos leyes de estados de excepción (art. 236.7). En todos estos casos de decretos leyes, si bien todos son objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (leyes habilitantes o leyes orgánicas) autorizadas en la Constitución, los mismos tienen rango y valor de ley.

Pero el Presidente de la República también realiza la función política, al dictar actos de gobierno, que son actos emanados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 236.2, 4, 5, 6, 19 y 21). Como lo ha aclarado la Sala Constitucional:

Sobre este último aspecto, debe aclarar este Máximo Tribunal de Justicia que, como señala la doctrina patria “[...] la noción de acto de gobierno en Venezuela, ha sido delimitada sobre la base de un criterio estrictamente formal: se trata de actos dictados por

160 En el pasado, p. ej., eran las leyes aprobatorias de contratos estatales conforme al artículo 126 C. de 1961.

161 Cfr. en general, sobre los decretos leyes, ANTONIO MOLES CAUBET, *Dogmática de los decretos leyes, Lección inaugural. Curso 1974*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974; ELOISA AVELLANEDA SISTO, “Los decretos leyes”, *Revista de Control Fiscal*, año XXIII, n.º 105, Caracas, Contraloría General de la República, 1982, pp. 55 a 116; íd., “Los decretos del Presidente de la República”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 48, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993, pp. 345 a 387; íd., “El régimen de los decretos leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999”, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, cit., pp. 69 a 105; JOSÉ PEÑA SOLÍS, “Análisis crítico de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre las leyes orgánicas y los decretos leyes orgánicos”, *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. II, cit., pp. 375 a 414; y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana y su control judicial”, íd., *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 187 a 241.

162 Cfr. sobre estos decretos, DANIEL LEZA BETZ, “La organización y funcionamiento de la Administración Pública nacional y las nuevas competencias normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999: al traste con la reserva legal formal ordinaria en el derecho constitucional venezolano”, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 19 a 55; GERARDO RUPÉREZ CANÍBAL, “La flexibilización de la reserva legal organizativa en el ámbito de la administración pública nacional”, *Revista de Derecho*, n.º 8, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 435 a 452.

el Presidente de la República, en ejecución directa de la Constitución, en ejercicio de la función de gobierno” (vid. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Colección Estudios Jurídicos n.º 2, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, p. 113). Dichos actos, de indudable naturaleza política, no obstante, pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que “... en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución...”. Así igualmente se declara¹⁶³.

En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan, frente a los actos administrativos, por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Presidente de la República, como Jefe del Estado, “en cuya condición dirige la acción de Gobierno” (art. 226); y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes¹⁶⁴.

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Presidente de la República, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución¹⁶⁵, en principio está reservado a la Asamblea Nacional; aun cuando esta pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el Presidente de la República mediante una ley habilitante (art. 203), en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante decretos leyes habilitados (art. 236.8) es un acto legislativo, si

163 Cfr. sentencia 880 del 1.º de agosto de 2000, caso Domingo Palacios A. vs. Comisión Legislativa Nacional, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 93.

164 Cfr. JUAN D. ALFONSO PARADISI, “Los actos de gobierno”, *Revista de Derecho Público*, n.º 52, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, pp. 5 a 23; PABLO MARÍN ADRIÁN, “Actos de gobierno y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de marzo de 1993”, *Revista de Derecho Público*, n.º 65 y 66, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 497 a 519.

165 La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa en cumplimiento de atribuciones directamente establecidas en la Constitución (arts. 187.1 y 203). En el solo caso de las leyes especiales que han de someterse a las leyes orgánicas preexistentes (art. 203) podría decirse que hay condicionamiento legislativo de la propia actividad legislativa. En igual sentido, los decretos leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la función normativa, están condicionados por la ley habilitante o de delegación (art. 236.8).

bien delegado. En esta forma, el criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por la Asamblea Nacional como el dictado por delegación por el Presidente de la República) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos dictados por los órganos ejecutivos en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sublegal, o sea, se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución¹⁶⁶. Este es el criterio formal, derivado de la teoría merkeliana de construcción escalonada del orden jurídico¹⁶⁷, para la identificación de la Administración; la cual ha sido acogida en la Constitución al reservarse al control que ejerce la jurisdicción constitucional a los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 336.2), con lo que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y mediata e indirecta de la Constitución (actos administrativos) caen entonces bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y de la jurisdicción contencioso electoral (art. 297).

Pero además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, actos administrativos (arts. 259 y 266.5).

En cuanto a los órganos que ejercen el poder judicial, cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales)¹⁶⁸; cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el poder judicial (art. 267), dicta actos administrativos, y cuando ejerce la función jurisdiccional, dicta actos judiciales (sentencias) (arts. 266 y 336); y los primeros están sometidos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1268 del

166 En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

167 Cfr. MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 13; KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit., p. 510, e íd., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 135 y ss. Cfr. algunas de las referencias en BREWER-CARÍAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit., pp. 24 y ss.

168 Los reglamentos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículos 6.º, párrafo 1, 10.º y 12.

6 de julio de 2004 (caso Yolanda Mercedes Martínez del Moral *vs.* Comisión Judicial de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia), respecto de un acto administrativo dictado por un órgano del propio Tribunal Supremo en ejercicio de funciones de administración y gobierno del poder judicial:

En consecuencia, por cuanto no se trata, el que fue impugnado, de un acto del poder público que hubiere sido dictado en ejecución directa de la Constitución, sino en ejercicio de función administrativa y, por ende, de rango sublegal, no es la jurisdicción constitucional que ejerce esta Sala la que tiene competencia para su control. Por el contrario, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la demanda de nulidad que en su contra se formuló y así se decide¹⁶⁹.

El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y del acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los tribunales de la República, en tanto que el acto legislativo está reservado a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarlo en el Presidente de la República (leyes habilitantes), y el acto de gobierno está reservado al Presidente de la República¹⁷⁰; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

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

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el poder ciudadano realizan la función de control (arts. 274, 281 y 289), la función normativa y la función

¹⁶⁹ Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 229 y ss.

¹⁷⁰ Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarla en el ejecutivo nacional) y judiciales (reservada a los tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

administrativa, la misma se concreta en actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares (arts. 259 y 266.5).

Igualmente, cuando los órganos que ejercen el poder electoral realizan la función normativa (art. 293.1), dictan actos administrativos de efectos generales (reglamentos) (art. 293.1); y cuando realizan la función administrativa (art. 293.3) y de control (art. 293.9), la misma se concreta en actos administrativos (arts. 259 y 266.5).

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

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

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el poder ejecutivo (Administración Pública central) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el poder ciudadano, actuando en función normativa, en función de control y en función

administrativa; y de los órganos que ejercen el poder electoral, actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

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

IX. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El noveno de los principios fundamentales del derecho público conforme a la Constitución de 1999 es el del carácter inter orgánico de la Administración Pública, en el sentido de que la Administración Pública, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el poder ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás poderes del Estado. Hay ciertamente una Administración Pública que se configura organizativamente hablando en el “Ejecutivo nacional” (Administración Pública central), pero la misma no agota dicho complejo orgánico en el Estado venezolano. Este principio, por supuesto, también tiene particular importancia para el derecho administrativo pues se refiere, precisamente, a su objeto¹⁷¹ (*Primera parte*, § 1; *Tercera parte*, § 8).

El Estado venezolano, en efecto y como se ha dicho, está constitucionalmente configurado como un Estado federal (art. 2.º), en el cual se distinguen tres niveles de organización política: el nivel nacional, que corresponde a la República; el nivel estatal, que corresponde a los estados miembros de la Federación, y el nivel municipal, que corresponde a los municipios.

En cada uno de estos tres niveles políticos existe una “Administración Pública central” (nacional, estatal y municipal) que ejerce el poder ejecutivo, siendo ésta el instrumento por excelencia de la acción política del Estado. Como instrumento, está compuesto por un conjunto de órganos e instituciones que le sirven para el desarrollo de sus funciones y el logro de los fines que tiene constitucionalmente prescritos.

Pero como se ha dicho anteriormente, no toda “Administración Pública” del Estado es “Administración Pública central”, en el sentido de que no sólo los órganos que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles político territoriales o

171 Cfr. en general BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la Administración Pública*, cit.

los que gozan de autonomía fundamental en virtud de disposiciones constitucionales monopolizan, orgánicamente, a la Administración Pública del Estado.

Las diversas ramas de los poderes del Estado en sus diversos niveles tienen su propia Administración Pública, lo que nos conduce a insistir en el sentido de la separación de poderes como sistema de distribución horizontal del poder público, en los tres niveles de distribución vertical del propio poder público.

I. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES

Si algún valor tiene el principio de la separación de poderes, como se ha visto, es el de la “separación orgánica” de poderes, en el sentido de que constitucionalmente, en cada uno de los tres niveles de organización política del Estado (nacional, estatal y municipal), hay una separación formal de órganos, que ejercen las diversas ramas del poder público. Así, en el nivel nacional (poder nacional) hay una separación clara entre cinco grupos de órganos de la República: los órganos legislativos (Asamblea Nacional), los órganos ejecutivos (Presidente de la República, ministerios, etc.), los órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia, tribunales), los órganos de control (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo), y los órganos electorales (Consejo Nacional Electoral); y cada uno de estos órganos tiene su propia Administración Pública: la administración de la Asamblea nacional; la administración de la justicia (Dirección Ejecutiva de la Magistratura); la Administración Pública de los órganos de control, la administración electoral, y la Administración Pública central que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo. De todos estos órganos puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa nacional está en los órganos ejecutivos, en esa “Administración Pública nacional” (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo nacional, en cuyo vértice está el Presidente de la República.

Por su parte, en el nivel estatal (poder estatal), hay una clara y precisa separación entre tres grupos de órganos en cada estado: los órganos legislativos (consejos legislativos), los órganos ejecutivos (gobernadores y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (contraloría estatal); y cada uno de estos órganos tiene su propia administración: la administración de los consejos legislativos, la “Administración Pública central” que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo, y la administración contralora. Así, también puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa estatal está en los órganos ejecutivos, en esa “Administración Pública estatal”

(central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo de los estados, en cuyo vértice están los gobernadores.

Por último, en el nivel municipal (poder municipal) también hay una clara y neta separación legal entre tres grupos de órganos en cada municipio: los órganos legislativos (concejos municipales), los órganos ejecutivos (alcaldes y sus dependencias administrativas), y los órganos de control (contralorías municipales); y cada uno de esos órganos tiene su propia administración: la administración de los concejos municipales como órganos colegiados, la “Administración Pública central” que en principio corresponde a los órganos que ejercen el poder ejecutivo municipal, y la administración contralora. Así, también puede decirse que el ámbito propio de la organización administrativa municipal está en los órganos ejecutivos, en esa “Administración Pública municipal” (central o descentralizada) cuyos órganos ejercen el poder ejecutivo municipal, en cuyo vértice están los alcaldes.

Pero la organización administrativa del Estado no se agota, por ejemplo a nivel nacional, en el ámbito de la “Administración Pública nacional central” que ejerce el poder ejecutivo, pues existen órganos administrativos que derivan de la separación orgánica de poderes que ha establecido la Constitución de 1999, como los órganos del poder ciudadano¹⁷² y del poder electoral, regularizando así la existencia de órganos del Estado con autonomía funcional que en la Constitución de 1961 existían (Consejo de la Judicatura, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República) y que no encuadraban en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercían el poder legislativo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder judicial, y que sin embargo formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado y, en general, de lo que siempre se ha conocido como Administración Pública nacional.

2. EL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La situación anterior es la que ha sido precisamente regularizada constitucionalmente con las previsiones de la Carta de 1999, en la cual con motivo de

172 Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 340 del 9 de marzo de 2004, caso Impugnación de la Ley Orgánica de La Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías municipales y distritales, en la cual precisó que los órganos de dicho poder ciudadano “constituyen, fuera del Ejecutivo, organizaciones calificables como Administración Pública”, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 220.

establecer una penta división del poder público a nivel nacional, además de regular los órganos que ejercen el poder legislativo (Asamblea Nacional), el poder ejecutivo (Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, ministros) y del poder judicial (Tribunal Supremo de Justicia, Dirección Ejecutiva de la Magistratura —que sustituyó al Consejo de la Judicatura—, tribunales), ha regulado a los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral). Precisamente, en ejercicio de las respectivas ramas del poder público, además de los órganos de la Administración Pública central que ejercen el poder ejecutivo, también configuran la Administración Pública del Estado los órganos de la Asamblea Nacional que ejercen funciones administrativas en ejercicio del poder legislativo, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que ejerce el poder judicial, los órganos que ejercen el poder ciudadano y los órganos que ejercen el poder electoral.

A tal efecto, la Constitución de 1999 contiene un extenso título IV relativo al “poder público”, cuyas normas se aplican a todos los órganos que ejercen el poder público tal como lo indica el artículo 136: en su distribución vertical o territorial (poder municipal, poder estatal y poder nacional); y, en el nivel nacional, en su distribución horizontal (poderes legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral)¹⁷³.

En tal sentido, en el capítulo I “Disposiciones fundamentales” de dicho título IV relativo al poder público se regulan todos los principios fundamentales sobre la “Administración Pública” relativos a la organización administrativa (art. 236.20) y a la administración descentralizada funcionalmente (arts. 142 y 300); a la actuación administrativa (art. 141); a la función pública (arts. 145 a 149) y su responsabilidad (art. 139); a los bienes públicos (arts. 12, 181 y 304); a la información administrativa (art. 143); a la contratación administrativa (arts. 150 y 151); a la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140), y al régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (art. 62) como político (art. 66), fiscal (art. 287) y de gestión (art. 315). De allí que a los efectos de dichas regulaciones constitucionales lo primero que debe determinarse es cuáles son los órganos estatales que ejercen el poder público y que pueden considerarse como tal “Administración Pública”¹⁷⁴.

173 Cfr. nuestra propuesta sobre este título en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, pp. 150 y ss.

174 Cfr. nuestra propuesta sobre estos artículos *ibíd.*, pp. 189 a 190. Cfr. además los comentarios en *id.*, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. I, cit., pp. 276 y ss.

Ante todo, por supuesto, están los órganos de los diversos niveles del poder público (nacional, estatal y municipal) que ejercen el poder ejecutivo. En consecuencia, las normas que contiene la sección se aplican a todas las “administraciones públicas” ejecutivas de la República (Administración Pública nacional), de los estados (administración pública estatal), de los municipios (administración pública municipal) y de las otras entidades políticas territoriales que establece el artículo 16 C., entre las cuales se destacan los distritos metropolitanos cuyos órganos ejercen el poder municipal.

Pero la Administración Pública del Estado venezolano en los tres niveles territoriales de distribución vertical del poder público no se agota en los órganos y entes de la Administración Pública ejecutiva (que ejercen el poder ejecutivo), pues también comprende los otros órganos de los poderes públicos que desarrollan las funciones del Estado de carácter sublegal. En tal sentido, en el nivel nacional, los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral), sin la menor duda, son órganos que integran la Administración Pública del Estado, organizados con autonomía funcional respecto de los órganos que ejercen otros poderes del Estado. En cuanto a los órganos que ejercen el poder judicial, los que conforman la Dirección Ejecutiva de la Magistratura mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la dirección, gobierno y administración del poder judicial, también son parte de la Administración Pública del Estado.

En consecuencia, en los términos de la sección segunda del título IV de la Constitución, la Administración Pública del Estado no sólo está conformada por órganos que ejercen el poder ejecutivo, sino por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, y por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que en ejercicio del poder judicial tiene a su cargo la dirección, el gobierno y la administración del poder judicial¹⁷⁵.

En efecto, como se ha dicho, a nivel nacional, a partir de la Constitución de 1961, ya habían comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como

175 Cfr. en general, *id.*, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 11 y 53.

persona político territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, también denominado Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que forman parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaran parte del Ejecutivo nacional ni de la Administración Pública central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia fue la que se consolidó en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del poder público, agregándose a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial el poder ciudadano y el poder electoral (art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional los órganos que ejercen el poder ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el poder electoral, como el Consejo Nacional Electoral; e igualmente, puede considerarse que es un órgano de la Administración Pública nacional la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia. Todos esos órganos conforman la Administración Pública nacional, aun cuando, por supuesto, no la Administración Pública central cuyos órganos son los que ejercen el poder ejecutivo nacional.

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la Administración Pública, en todo caso, se ha dictado la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁷⁶ (LOAP), cuyas disposiciones son básicamente “aplicables a la Administración Pública nacional” (art. 2.º). La ley, sin embargo, no define qué ha de entenderse por ello; pero de su normativa se deduce que abarca la Administración Pública que conforman los órganos que ejercen el poder ejecutivo nacional y aquéllos que conforman la Administración Pública nacional descentralizada sometida al control de aquél, con forma de derecho público.

En cuanto a la Administración Pública que conforman los demás órganos del poder público nacional, es decir, los que a nivel nacional ejercen el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, las disposiciones de la Ley Orgánica sólo se les aplican “supletoriamente” (art. 2.º). En cuanto a los órganos que ejercen el poder legislativo, respecto de las funciones administrativas

¹⁷⁶ *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001. Esta Ley Orgánica sólo fue derogada expresamente la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya última reforma había sido la hecha mediante decreto ley 369 del 14 de septiembre de 1999, en *Gaceta Oficial* n.º 36.850 del 14 de diciembre de 1999. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS y RAFAEL CHAVERO G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002.

que realicen, conforme al artículo 2.º LOAP, también se les podrán aplicar sus disposiciones supletoriamente.

En relación con los órganos de los poderes públicos que derivan de la distribución territorial del poder público, conforme al artículo 2.º LOAP, “los principios y normas (de la Ley Orgánica) que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes desarrollarán los mismos dentro del ámbito de sus respectivas competencias”.

X. EL PRINCIPIO DE LOS FINES DEMOCRÁTICOS, SOCIALES Y DE JUSTICIA DEL ESTADO

La Constitución de 1999 definió al Estado venezolano, no sólo como un Estado de derecho (principio de legalidad), sino como un Estado democrático, social y de justicia (art. 2.º), condicionado, por tanto, por unos valores que deben propugnar sus órganos, así como por unos fines que están plasmados en la propia Constitución, de orden democrático, social y de justicia.

En efecto, el artículo 2.º C. dispone que el Estado propugna “como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”; y el artículo 3.º precisa que el Estado “tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”; agregándose que “La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”.

Estos valores y fines son los que configuran al Estado, precisamente, como un Estado democrático, social y de justicia, lo que constituye el décimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999; principio que tiene también particular importancia para el derecho administrativo, pues su contenido configura el marco de actuación de la Administración Pública.

En efecto, en cuanto al Estado democrático, sus fines son la profundización de la democracia representativa como régimen político, haciendo énfasis en la participación política, como fundamento de toda la organización política de la Nación; lo que deriva del Preámbulo (sociedad democrática) y de los artículos 2.º, 3.º, 5.º y 6.º C. Pero por supuesto, la representación no se opone a la participación, ya que la dicotomía que existe es entre democracia representativa y

democracia directa¹⁷⁷. Como lo ha puntualizado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1037 de 1 de agosto de 2000 (caso Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) vs. Alcaldía del municipio Sucre del Estado Miranda):

La democracia participativa no choca necesariamente con la democracia representativa, ni se excluyen, y dentro de un sistema Republicano necesariamente deben haber autoridades, poderes públicos que representen a los demás, y esa es la esencia misma de la República como tal; son estos entes representativos quienes van a establecer las normas para poder permitir la participación, porque toda participación debe estar sujeta a unas normas o a un principio de legalidad que establezca cuáles son los poderes de la Administración Pública y en qué manera los ciudadanos pueden hacerse parte de la actividad administrativa y la participación legítima a los órganos de representación republicanos, razón por la cual ambos tipos de democracia se complementan¹⁷⁸.

Por tanto, el primer valor del constitucionalismo es la democracia, quedando plasmado el Estado democrático en los principios fundamentales del Texto constitucional, comenzando por la forma de ejercicio de la soberanía mediante mecanismos de democracia directa y de democracia representativa¹⁷⁹.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 23 del 22 de enero de 2003 (caso Interpretación del artículo 71 de la Constitución), ha señalado sobre el tema del perfeccionamiento de la democracia como fin del texto constitucional:

De este modo, como bien lo aclara la Exposición de Motivos de la Constitución, el régimen constitucional vigente responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la negativa cultura política generada por décadas de un Estado centralizado de partidos (cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas, 1988, pp. 39 y ss.) que mediatizó el desarrollo de los valores democráticos, a través de la participación ciudadana que ya no se limita a procesos electorales, pues se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos

177 Cfr. sentencia 207 del 19 de diciembre de 2001 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, caso Proyecto Venezuela vs. Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 345.

178 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 394. Sobre la democracia participativa cfr. lo expuesto por la Sala en sentencia 21 del 12 de marzo de 2003, caso Interpretación del artículo 141 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 199 y ss.

179 Cfr. nuestras propuestas sobre el tema de la democracia representativa en BREWER-CARIAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. 1, cit., pp. 183 y ss. Cfr. los comentarios en id., *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. 1, cit., pp. 172 y ss; e id., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. 1, cit., pp. 507, 510 a 513, y 599.

de formación, formulación y ejecución de políticas públicas, como medio para superar los déficit de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de armonía entre el Estado y la sociedad.

Ello indica, que el modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical, a saber, de raíz, en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, enunciados en el Capítulo IV del Título III de la Norma Suprema.

Dicho proceso de profundización de la cultura democrática del pueblo venezolano, vía proceso constituyente y Constitución, se ve además reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, en materia de derechos humanos, siendo ejemplo de ello lo dispuesto en los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, xx de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrantes todos ellos del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental.

De tal manera que, como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político territoriales en que se distribuye el poder público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía¹⁸⁰.

En cuanto al Estado social, el mismo está basado en la Constitución, en la concepción del Estado con obligaciones sociales y de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y social, como Estado prestacional¹⁸¹, o más propiamente, como “aquella unidad política (cualquier

180 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 215 y ss.

181 Cfr. nuestras propuestas en relación con el régimen constitucional del sistema económico, en ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. III, “18 octubre-30 noviembre de 1999”, Caracas, Fundación de Derecho Público, 1999, pp. 20 y ss.

ente político territorial) a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le ha otorgado potestades para que satisfaga la procura existencial¹⁸².

Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación establecido en el Preámbulo y el artículo 1.º constitucional el cual, además de derecho fundamental (art. 21), es el pilar de actuación del Estado (art. 2.º); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (art. 299)¹⁸³.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 85 del 24 de enero de 2002 (caso Deudores hipotecarios *vs.* Superintendencia de Bancos), ha desarrollado muy extensamente el concepto de Estado social, y después de analizar su evolución doctrinal y constitucional consideró:

Persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía RIDDER, “el Estado se habilita para intervenir compensatoria-

182 Cfr. Sala Constitucional, sentencia 1002 del 26 de mayo de 2004, caso Federación Médica Venezolana *vs.* Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 148.

183 Cfr. lo expuesto sobre el tema en BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, cit., pp. 508, 513 a 516, y 593 y ss.

mente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente”, pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado social trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económica y socialmente más fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social¹⁸⁴.

La Sala, después de analizar el concepto de Estado social de derecho en el derecho constitucional venezolano, concluyó indicando que el mismo tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, del cual se colige que el Estado social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación, anteponiéndose el bien común (el interés general) al particular, y reconociendo que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. De allí concluyó la Sala que, “En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales”¹⁸⁵.

Por último, en cuanto al Estado de Justicia, se lo concibe en la Constitución como el Estado que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, de manera que como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Constitución “ha convertido a la República en un “Estado judicialista” por encima, incluso, de aquellas formalidades procesales no esenciales para la tramitación de las pretensiones de los justiciables”¹⁸⁶. De acuerdo con lo establecido por la Sala Constitucional en sentencia 389 del 7 de marzo de 2002:

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela

184 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 94 y ss.

185 Ídem.

186 Cfr. sentencia del 8 de marzo de 2000, caso Alida Peñaloza L. vs. Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 147. Cfr. además, de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de enero de 2003, caso Rita Santana vs. Procuraduría General de la República, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 411. Sobre el tema de la ausencia de formalismos, cfr. la sentencia 2038 del 24 de octubre de 2001 de la Sala Constitucional, caso Armando O. Moreno C. vs. Juzgado Superior Sexto Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 151.

judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizarse a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento¹⁸⁷.

Por ello, la Constitución igualmente estableció en el Preámbulo y en el artículo 1.º el valor justicia, sino que reguló expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas. A tal efecto, la Constitución postuló la necesaria organización de los tribunales de manera de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26)¹⁸⁸.

En relación con esta noción del Estado de Justicia, entre los múltiples fallos dictados por el Tribunal Supremo de Justicia, se destaca la sentencia 949 de la Sala Político Administrativa del 26 de abril de 2000, en la cual se señaló:

En consecuencia, cuando el Estado se califica como de Derecho y de Justicia y establece como valor superior de su ordenamiento jurídico a la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales, no está haciendo más que resaltar que los órganos del poder público y en especial el sistema judicial deben inexorablemente hacer prelar una noción de justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder frente a la nueva concepción de Estado.

Y esta noción de Justicia material adquiere especial significación en el fértil campo de los procesos judiciales en los que el derecho a la defensa y debido proceso (artículo

187 Cfr. caso *Agencia Ferrer Palacios C.A. vs. Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas*, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 175.

188 Cfr. en general, CARLOS J. SARMIENTO SOSA, *La justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Extradición)*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 147 y ss.; EMILIO SPÓSITO CONTRERAS, "Implicaciones del Estado de derecho y justicia en algunos aspectos de la relación súbdito-gobierno", *Revista de Derecho*, n.º 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 53 a 84.

49 C.), la búsqueda de la verdad como elemento consustancial a la Justicia, en los que no se sacrificará ésta por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257), y el entendimiento de que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26), conforman una cosmovisión de Estado justo, del justiciable como elemento protagónico de la democracia, y del deber ineludible que tienen los operadores u operarios del poder judicial de mantener el proceso y las decisiones dentro del marco de los valores y principios constitucionales.

Todo esto nos lleva a que el proceso deja de ser un laberinto, con trabas y obstáculos, donde el Juez es un simple espectador de argucias y estrategias, y se convierte en un instrumento viable para la paz social y el bien común. Esto reafirma al proceso y al derecho procesal como un área jurídica que forma parte del derecho público y que está íntimamente vinculada a la sensibilidad social. En consecuencia, al cambiar el rol del Estado y de la sociedad, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Juez y el proceso pasan a ser elementos esenciales en la conformación de un Estado de Justicia¹⁸⁹.

Esta concepción del Estado de Justicia también ha sido analizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en la sentencia 389 del 7 del marzo de 2002, en la cual reiteró el principio de la informalidad del proceso en los siguientes términos:

La justicia constituye uno de los fines propios del Estado Venezolano, conforme lo estatuye el artículo 2.º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fin que realiza a través del proceso, como un instrumento fundamental.

El propio Texto Constitucional se ha encargado de desarrollar las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, dentro de las cuales se encuentran la garantía de una justicia “sin formalismos o reposiciones inútiles” o la del no sacrificio de la justicia por “la omisión de formalidades no esenciales”, prevista expresamente en sus artículos 26 y 257.

De allí que, por mandato constitucional, el principio de la informalidad del proceso se constituye en una de sus características esenciales.

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela

189 Cfr. en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 163 y ss. Cfr. además, la sentencia 1213 del 19 de agosto de 2003 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, caso Tomás A. Salazar Marcano vs. SENIAT, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 407.

judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizarse a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida; c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumpla con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*¹⁹⁰.

XI. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Así como la Constitución regula la organización del Estado mediante sistemas de distribución y división o separación del poder público (parte orgánica), también tiene por objeto regular no sólo los fines del Estado, como se ha visto, sino el estatuto de las personas y de la sociedad civil, y sus relaciones con el propio Estado. Ello se concreta en el régimen de los derechos¹⁹¹ y deberes constitu-

190 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 176 y ss.

191 Cfr. en general, JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, "Notas sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, t. I, cit., pp. 2489 a 2535; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, "¿La incorporación constitucional de un sistema de derechos es una respuesta iusnaturalista o positivista?", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, t. III, cit., pp.

cionales de las personas (parte dogmática), en el cual se establece esa relación Estado-Sociedad, de particular importancia para el derecho administrativo pues precisan los campos de actuación prestacional de la Administración Pública.

En esta materia de los derechos constitucionales¹⁹², y en particular en relación con los derechos humanos, sin duda, la Constitución de 1999 es un texto en el cual se han incorporado notables innovaciones signadas por el principio de la progresividad de la protección de los derechos humanos¹⁹³.

I. EL PRINCIPIO DE LA PROGRESIVIDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

El artículo 19 C. 1999 comienza el título relativo a los deberes, derechos y garantías constitucionales disponiendo que el Estado debe garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

El respeto y la garantía de los derechos, por tanto, son obligatorios para los órganos del poder público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen; exigiéndose en todo caso de actuaciones de la Administración, la interpretación más favorable a la libertad y al ejercicio de los derechos.

Se establece así, en *primer lugar*, la garantía estatal de los derechos humanos, conforme al principio de la progresividad¹⁹⁴, lo que implica necesariamente que

2483 a 2487; RAFAEL ORTIZ-ORTIZ, “Los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Apreciaciones generales y principios orientadores de su ejercicio”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 1, Valencia, Universidad de Carabobo, 2002, pp. 339 a 369; AGUSTINA Y. MARTÍNEZ, “Los derechos humanos en la Constitución venezolana: consenso y disenso”, *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. 1, cit., pp. 549 a 572, y ÉLIDA APONTE SÁNCHEZ, “Los derechos humanos: fundamentación, naturaleza y universalidad”, *ibid.*, pp. 85 a 108.

192 Sobre una supuesta distinción entre derechos constitucionales y derechos fundamentales, más propia de las constituciones europeas, como las de Alemania y España, que de la venezolana, cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 323.

193 Cfr. nuestras propuestas para incorporar estas normas en el texto del cap. sobre “Disposiciones generales” del título IV, “Deberes, derechos humanos y garantías de la Constitución”, en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 77 a 115. Sin embargo, en la materia también hubo notables regresiones específicas, como la eliminación del derecho de protección a las personas desde la concepción, a la violación de la reserva legal como garantía de los derechos por la previsión de la delegación legislativa al Ejecutivo, y de las regulaciones excesivamente paternalistas y estatistas en el campo de los derechos sociales, en las cuales se ha marginado a la sociedad civil. Cfr. nuestros votos salvados en esos temas y otros en *id.*, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. III, cit., pp. 109 y ss.

194 Cfr., en relación con el proceso penal, CARMELO BORREGO, *La Constitución y el proceso penal*, Caracas, Livrosca, 2002, pp. 3 y ss., 57 y ss.

la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos y, además, conforme al principio de la no discriminación. Sobre este principio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, citando el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sentencia 1154 del 29 de junio de 2001, ha indicado: “en razón del cual resulta menester la adecuación del ordenamiento jurídico para asegurar la efectividad de dichos derechos, no siendo posible la excusa de la inexistencia o no idoneidad de los recursos consagrados en el orden interno para la protección y aplicación de los mismos”¹⁹⁵.

Sobre el propio principio de la progresividad, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 1.º de junio de 2000 (caso Julio Roco A.) ha argumentado que el mismo:

Se refiere a la obligación que tiene el Estado de incorporar al ordenamiento jurídico el reconocimiento de todos y cada uno de los derechos humanos consagrados tanto en su texto constitucional, como en los instrumentos internacionales que versen sobre la materia, es decir este principio define la obligación de los Estados de reconocer y velar por la defensa de los derechos humanos de manera consecutiva, con el objeto de garantizar el disfrute y goce de tales derechos en la medida que los mismos han sido considerados como inherentes a la condición humana afirmando pues la condición de la dignidad humana frente al Estado y definiendo la actividad de los poderes públicos al servicio del ser humano.

Es tal la importancia de este principio que su aplicación obliga a los Estados a actualizar su legislación en pro de la defensa de los derechos humanos y en aras de dignificar la condición humana, adaptando la interpretación de las normas “a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos” a fin “de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia”.

En este orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 44 reconoce el derecho a la libertad y sólo consiente en casos muy claros y definidos las excepciones a dicho principio, comentado supra, lo cual en concordancia con el principio de progresividad obliga al Estado Venezolano a reconocer en el ordenamiento jurídico existente la primacía del derecho a la libertad, en los términos definidos y previstos por la Constitución, so pena de inconstitucionalidad de la norma en el caso de que esto no ocurra.

En relación con lo anteriormente expuesto, existe un deber para el juez contencioso administrativo, de interpretar todo el ordenamiento jurídico a la luz del derecho de la Constitución, más aún actuando en ejercicio de la jurisdicción constitucional de

195 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 113.

amparo, lo que quiere decir también, que hay que interpretar el ordenamiento de manera congruente con los derechos fundamentales o derechos humanos, que deben respetarse por encima de todo, realizando una interpretación de manera progresiva e integral¹⁹⁶.

El artículo 19, además, en *segundo lugar*, establece la obligación de los órganos del Estado, en particular de la Administración Pública, de respetar y garantizar los derechos no sólo conforme a la Constitución y a las leyes, sino también conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, los cuales, por tanto, se han incorporado definitivamente en el orden constitucional interno.

2. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD

Al igual que en el artículo 43 C. de 1961, el artículo 20 C. de 1999 consagra el principio de la libertad, como fundamento de todo el sistema en la materia, al establecer:

Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Como se había señalado en la Exposición de motivos de la Constitución de 1961, esta norma “sustituye el enunciado tradicional de que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba”.

El límite al ejercicio de los derechos que derivan del concepto de libertad, en todo caso, está establecido por el derecho de los demás y por el orden público y social; limitaciones que sólo pueden establecerse en las leyes, dada la garantía constitucional de la reserva legal. Las limitaciones derivadas del orden público o social originan la actividad de policía administrativa.

3. LA CLÁUSULA ABIERTA DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA PREMINENCIA DE LOS MISMOS Y SU APLICACIÓN INMEDIATA

Los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no sólo son los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes

¹⁹⁶ Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 287 y ss.

a la persona humana, entre los que se destacan los denominados derechos de la personalidad¹⁹⁷. Así se establecía en el artículo 50 C. de 1961, lo que permitió, conforme a dicha norma, que la jurisprudencia incorporara con rango constitucional muchos derechos humanos no enumerados en el texto constitucional¹⁹⁸; cláusula que se recoge, ampliada, en el artículo 22 C. de 1999, así:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

La ampliación de la cláusula deriva de la referencia a los derechos y garantías no enunciados no sólo en la Constitución sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual no puede entenderse como negación a los que sean inherentes a la persona humana¹⁹⁹.

De los artículos 22 y 23 C., conforme al criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, “se desprende que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad²⁰⁰. Por ello, a su vez, la Sala Político Administrativa del Tribunal

197 Cfr. en general, AGUSTINA YADIRA MARTÍNEZ e INNES FARÍA VILLARREAL, “La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana”, *Revista de Derecho*, n.º 3, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 133 a 151; RAFAEL ORTIZ-ORTIZ, “Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano”, *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. 1, cit., pp. 39 a 82; MARÍA C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 17 a 44; MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN, “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho*, n.º 7, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 49 a 311.

198 Un ejemplo importante fue la definición del derecho a la participación política como derecho inherente a las personas en la sentencia 17 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, con la que se abrió la vía constitucional hacia la convocatoria y elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Cfr. el texto en BREWER-CARIAS, *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 41 y ss., y *Revista de Derecho Público*, n.º 77 a 80 Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 56 y ss. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, *Revista de Derecho Público*, n.º 77 a 80, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999, pp. 453 y ss.

199 Cfr. en general, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, “Los derechos no enumerados en la Constitución”, en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. 1, cit., pp. 225 a 234; MARTÍNEZ y FARÍA V., “La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana”, cit., pp. 111 a 151.

200 Cfr. sentencia 3215 del 15 de junio de 2004, caso Interpretación del artículo 72 de la Constitución, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 430.

Supremo de Justicia ha hecho especial énfasis en la noción de preeminencia de la dignidad y los derechos de la persona, considerando en sentencia 224 del 24 de febrero de 2000:

Este núcleo material axiológico, recogido y desarrollado ampliamente por el Constituyente de 1999, dada su posición preferente, *representa la base ideológica que sustenta el orden dogmático de la vigente Constitución, imponiéndose al ejercicio del poder público y estableciendo un sistema de garantías efectivo y confiable*. De allí que todo Estado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, lleva consigo la posición preferente de la dignidad humana y de los derechos de la persona, la obligación del Estado y de todos sus órganos a respetarlos y garantizarlos *como objetivo y finalidad primordial* de su acción pública [...]

La Constitución venezolana de 1999 consagra la preeminencia de los derechos de la persona como uno de los *valores superiores* de su ordenamiento jurídico y también refiere que su defensa y desarrollo son uno de *los fines esenciales* del Estado (arts. 2.º y 3.º)²⁰¹.

Se destaca, además, que al final de la norma del artículo 22 C. se dispone que “La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”, sobre lo cual la Sala Constitucional en sentencia 723 del 15 de mayo de 2001 señaló:

En razón del carácter operativo de las disposiciones relativas a los derechos humanos, la aplicación de los mismos, sin menoscabo de la integración de la regulación internacional con la interna, no puede estar condicionada a la existencia de una ley que los desarrolle; antes por el contrario, la falta de instrumento jurídico que los reglamente, no menoscaba su ejercicio, por cuanto tales derechos “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (artículos 22 y 23 del Texto Fundamental)²⁰².

4. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Una de las importantes innovaciones de la Constitución de 1999 en esta materia, como se ha dicho anteriormente, ha sido el haberle otorgado rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo los antecedentes de la Constitución de Perú de 1979 (art. 105) y de la Constitución argentina de 1994 (art. 75), y la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentada en la sentencia de declaratoria de nulidad de la Ley

201 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 131 y ss.

202 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 113 y ss.

de Vagos y Maleantes del 14 de octubre de 1997²⁰³. Estos antecedentes llevaron a la inclusión de una norma²⁰⁴ que quedó redactada así:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

Se destacan, de esta disposición, los siguientes aspectos: primero, la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos²⁰⁵; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables; y tercero, la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el poder público.

Sobre esta norma constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 (caso Impugnación de artículos del Código Penal, sobre “leyes de desacato”) sentó los siguientes criterios interpretativos excluyendo de dicha prevalencia a “los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”:

En materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

203 Cfr. HUMBERTO J. LA ROCHE, *Ensayos de derecho constitucional*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 223 y ss.; CARLOS M. AYALA CORAO, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. 1, cit., pp. 153 a 224.

204 Cfr. nuestra propuesta para incorporar la norma del artículo 23 de la Constitución en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 111 a 115.

205 Cfr. en general, CARLOS M. AYALA CORAO, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, San Cristóbal, vol. 1, pp. 167 a 240, y LORENA RINCÓN EIZAGA, “La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno a la luz de la Constitución de 1999”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 87 a 108. Cfr. nuestra propuesta para la incorporación de esta norma en la Constitución en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 111 y ss.

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable.

Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los tratados, pactos y convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los convenios, pactos y tratados internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno, es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en tratados ni en otros textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la convención o pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

Lo declarado inmediatamente no contradice el artículo 31 constitucional, que está referido al derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas a los organismos in-

ternacionales reconocidos por la República, conforme a los tratados, pactos o convenios suscritos por ella, a fin que sean amparados por ellos en sus derechos humanos²⁰⁶.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar esta norma en relación con el derecho de las personas a recurrir de los fallos. En efecto, en sentencia del 14 de marzo de 2000 (caso C.A. Electricidad del Centro y C.A. Electricidad de los Andes), en relación con la limitación que establece el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia respecto de la apelación de fallos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, estableció lo siguiente:

Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley (artículo 49, numeral 1). Esta disposición se halla precedida por otras, según las cuales, la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso (artículo 49, numeral 1, encabezamiento), y la justicia, así como la preeminencia de los derechos humanos, forman parte de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2.º).

La consideración en conjunto de las disposiciones que anteceden autoriza a reconocer que, si bien el derecho a la defensa forma parte del radical derecho a la justicia, si bien el derecho a recurrir del fallo forma parte del derecho a la defensa, y si bien éste es inviolable en todo estado y grado del proceso, la Constitución y la ley pueden limitar, por excepción, el citado derecho a recurrir del fallo. Sería el supuesto de la negativa a oír recurso que contempla el ya citado artículo 185, último aparte, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, supuesto constitutivo de una limitación excepcional al ejercicio al derecho a la defensa [...]

Cabe interpretar que la norma de la convención –artículo 8.º, numerales 1 y 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación penal, sino también en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima; otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena²⁰⁷.

206 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 136 y ss. y 164 y ss. Cfr. los comentarios sobre esta sentencia en ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ et ál., *Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión*, Caracas, 2004.

207 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 157 a 158; citada también en sentencia 328 del 9 de marzo de 2001 de la misma Sala, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 108 y ss. La Sala Política Administrativa del Tribu-

En igual sentido, la Sala Constitucional, en relación con las condiciones de recurribilidad de los fallos de menor cuantía establecidos en el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil, resolvió en sentencia 328 del 9 de marzo de 2001 que la señalada norma del artículo 8.º, numerales 1 y 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una disposición más favorable, en cuanto al derecho de la recurribilidad de los fallos y a la doble instancia²⁰⁸.

5. LA OBLIGACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PRINCIPIO DE LA RESERVA LEGAL

Como se señaló, el artículo 19 C. además establece la obligación para los órganos del poder público de respetar y garantizar los derechos humanos no sólo conforme a la Constitución y a las leyes que los desarrollen, sino también, como se ha mencionado, conforme a los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República, los cuales, por tanto, se han incorporado definitivamente en el orden constitucional interno. Sobre esto, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 127 (caso Carlos E. Leplace M. vs. Coordinadora Democrática) ha señalado:

... se infiere que existe tanto una vinculación negativa para los órganos del poder público, traducida en la obligación de permitir el ejercicio de los derechos fundamentales, así como una vinculación positiva referida a la instrumentación de mecanismos idóneos para el efectivo y real disfrute de esos derechos en las leyes que sobre la materia sancione la Asamblea Nacional. En términos del Tribunal Constitucional Español, “*los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*” (STC del 15 de junio de 1981)²⁰⁹.

En toda actuación de los órganos del Estado, y particularmente de los órganos de la Administración Pública, por tanto, los funcionarios tienen la obligación

nal Supremo interpretó y desarrolló el criterio establecido por la Sala Constitucional en relación con la inaplicabilidad del Artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 802 del 13 de abril de 2000, caso Elecentro vs. Superintendencia Procompetencia, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 270.

208 Ídem. Cfr. además en sentido similar la sentencia 449 del 27 de marzo de 2001 de la Sala Política Administrativa, caso Dayco de Construcciones vs. INOS, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 110 y ss. La Sala Política Administrativa, por su parte, ha negado la prevalencia del artículo 8.º de la Convención Americana en caso de solicitudes formuladas por parte de personas jurídicas, al entender que la misma se refiere a derechos humanos de las personas naturales. Cfr. sentencia 278 del 1.º de marzo de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 104 y ss.

209 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 85 y ss.

constitucional de respetar y garantizar los derechos humanos, de manera que siempre se debe imponer en las mismas la interpretación más favorable a la plena vigencia de los derechos.

Por otra parte, de acuerdo con la Constitución, si bien los derechos constitucionales son limitables (salvo los de carácter absoluto, como la vida), toda limitación o restricción a los mismos tiene que estar establecida en una ley; es decir, están reservadas al legislador. Como también lo ha destacado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 127 (caso Carlos E. Leplace M. vs. Coordinadora Democrática):

Los derechos fundamentales sólo pueden ser desarrollados en leyes orgánicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 203 de la Constitución. Igualmente cabe destacar, que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 156 numeral 32, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, entre otros aspectos, es de la competencia del poder público nacional, y por ende materia de reserva legal, lo que implica que su contenido sólo puede ser regulado por la Asamblea Nacional, con lo cual se sustrae a eventuales injerencias de cualquier otro órgano del poder público. En ese sentido, la Sala Constitucional ha sido categórica al señalar que “*a la Asamblea Nacional, en el sistema de la distribución de competencias, es el único poder a quien corresponde reglamentar, de manera general y permanente, el ejercicio y protección de los derechos fundamentales*” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1309 del 19 de julio de 2001). De otra parte se tiene que el legislador, no puede regular el ejercicio de esos derechos, alterando sus atributos esenciales (contenido esencial). El Tribunal Constitucional Español ha determinado que se lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC del 8 de abril de 1981)²¹⁰.

XII. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La realización de actividades estatales, como resultado del ejercicio de competencias por los titulares de los órganos que ejercen el poder público, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a las personas, en particular a los administrados, tanto como resultado del ejercicio lícito de los poderes públicos como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos. Por ello, el décimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999

²¹⁰ Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 85 y ss.

es el de la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, el cual tiene particular importancia en materia de derecho administrativo pues es en ejercicio de la función administrativa que el Estado entra en relación jurídica con los administrados.

I. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En cuanto a los funcionarios públicos, el artículo 139 C., que recoge una norma que ha sido tradicional de nuestro constitucionalismo relativa al principio de la responsabilidad individual de los titulares de los órganos que ejercen el poder público, dispone que “El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley”.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios, cuando en ejercicio del poder público causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, p. ej.); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al utilizarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la ley, es decir, por contrariedad al derecho²¹¹.

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero en particular respecto de los actos que dicten, ordenen, ejecuten, violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que pueda servirles de excusa a los funcionarios órdenes superiores que reciban (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8.º LOAP en relación con los funcionarios “de la Administración Pública”.

En estos casos, conforme al artículo 10.º *ibídem*, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva “la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria” en que hubiere incurrido

211 Cfr. SALVADOR LEAL WILHELM, “Responsabilidad civil del funcionario público en razón del delito”, *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. 1, cit., pp. 939 a 958.

dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos incluso de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer en su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben “rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley”.

Debe indicarse, por último, que la Constitución, además de haber sido reiterativa en el establecimiento de la responsabilidad individual de los funcionarios en ejercicio del poder público (arts. 46.4, 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 281.4 y 5, 285.4 y 315), la ha reafirmado en particular respecto de los jueces por los daños causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, por retardo o error judicial (arts. 49.8 y 255).

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Pero además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del poder público, fue la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del poder público (República, estados y municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961, el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47, que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales las indemnizaran sino por daños causados por “autoridades legítimas en ejercicio de su función pública”; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al art. 259 C. 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción competencia para dictar sentencias de condena “al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”.

En la Constitución de 1999, sin embargo, se incluyó una norma expresa en la materia²¹², con el siguiente texto:

212 Cfr. nuestra propuesta para incorporar esta norma al texto constitucional en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 185 y ss.

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

De la expresión “funcionamiento de la Administración Pública” se admite que la responsabilidad del Estado se puede originar cuando la lesión se derive tanto del “funcionamiento normal” como del “funcionamiento anormal” de la Administración Pública.

Por otra parte, se observa de esta norma que la responsabilidad es del “Estado”, es decir, de las personas jurídicas estatales, en particular, de la República, de los estados y de los municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus administraciones públicas.

En cuanto a la expresión “Administración Pública” utilizada en este artículo, en todo caso, debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el título IV de la Constitución, donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el poder ejecutivo, en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, no permite su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 LOAP, aun cuando en forma impropia, al disponer que la responsabilidad patrimonial sería de la “Administración Pública”, cuando esta, como se ha señalado, no es un sujeto de derecho o persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La “Administración Pública”, en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho. En la norma, sin duda, se ha utilizado la expresión como equivalente a las personas jurídicas estatales cuyos órganos administrativos (Administración Pública) han causado el daño, de manera que la responsabilidad es

propiamente de las personas jurídicas estatales político territoriales, (República, estados, municipios, distritos metropolitanos), o descentralizadas (p. ej., los institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión “Estado”.

Ahora bien, sobre el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, el principio deriva del proceso natural de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, pero sin haber tenido realmente un desarrollo autónomo²¹³. Sólo ha sido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo han venido avanzando en ello.

Por supuesto, convenimos en que hoy es perfectamente admisible englobar los dos aspectos mencionados de la obligación resarcidora del Estado bajo la denominación general de “responsabilidad administrativa”, que englobaría todas las reparaciones debidas por el Estado por daños causados por actividades administrativas tanto lícitas como ilícitas. En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y lo mismo se puede decir de la responsabilidad por riesgo. En cuanto a la responsabilidad por daños causados por actividades legítimas y lícitas, en su regulación ha penetrado el derecho administrativo, no sólo desde antaño con la figura de la expropiación que tiene individualidad propia²¹⁴, sino con las previsiones de la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio²¹⁵ en cuyo articulado se incluyó la una norma (art. 63) que dispuso que “los usos regulados y permitidos en los planos de ordenación del territorio se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia, no originan por sí solos, derecho a indemnizar”, agregando que “Esta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente”²¹⁶. Esta disposición fue eliminada de la Ley

213 Cfr. LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995; LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, cit., pp. 149 a 207; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*, Caracas, 2004. Cfr. la jurisprudencia en LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de la responsabilidad extracontractual del Estado (1961-1997)*, Caracas, 1997.

214 Ley de Expropiación, por causa de utilidad pública o social, *Gaceta Oficial* n.º 37.475 del 1.º de julio de 2002. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIÁS et ál. *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*, Caracas, 2002.

215 *Gaceta Oficial* n.º 3.238, extra., del 11 de agosto de 1983.

216 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIÁS, *Estudios de derecho público (Labor en el Senado 1983)*, t. II, Caracas, Congreso Nacional, 1984, p. 178.

Orgánica de Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio de 2005²¹⁷; sin embargo, respecto de la misma, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia del 27 de enero de 1994, precisó que “el régimen de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, aparece en la legislación venezolana en el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio”, señalando:

Contemporáneamente los textos constitucionales y legales no circunscriben la indemnización únicamente a la pérdida de la propiedad por expropiación, o por los hechos ilícitos de la Administración, sino que la extienden a cualquier lesión a derechos o intereses legítimos, por ejemplo, las privaciones singulares de los atributos esenciales de la propiedad, a pesar de que provengan de sus actos lícitos [...]

Por otra lado, observa la Sala, que los fundamentos constitucionales del régimen de responsabilidad antes señalado, se encuentran en los artículos 206 y 46 de la Constitución, que contempla el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad en general o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos, como serían los emanados de dichos funcionarios²¹⁸.

En esta forma, el derecho administrativo, en la configuración de la responsabilidad del Estado, conforme a la orientación del derecho comparado y aun tardíamente, ha penetrado definitivamente en el derecho privado, y sin dejar de aplicarse las normas del Código Civil para exigir la responsabilidad administrativa con falta, ha impuesto sus propias normas y principios respecto de la responsabilidad administrativa sin falta originada en actuaciones lícitas, pero sin que de ello pueda derivarse que se haya establecido un régimen general de responsabilidad objetiva general del Estado²¹⁹, o que la responsabilidad administrativa esté regida exclusivamente por el derecho administrativo. En definitiva, como lo estableció la misma Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema en sentencia del 25 de enero de 1996 (caso Hermes Figueroa vs. Instituto Autónomo Ferrocarriles del Estado):

217 *Gaceta Oficial* n.º 38.264, extra., del 2 de septiembre de 2005. En el artículo 123 de esta Ley Orgánica, sin embargo, en cuanto a las limitaciones urbanísticas derivadas de los planes de ordenación urbanísticos, se dispuso que la indemnización sólo podía acordarse “en los casos de limitaciones que comporten vinculaciones singulares y que establezca la ley”.

218 Cfr. caso Promociones Terra Cardón C. A., *Revista de Derecho Público*, n.º 57 y 58, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 198 y ss. Cfr. también en ALLAN R. BREWER-CARÍAS y LUIS A. ORTÍZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa (1961-1995)*, Caracas, Edit. Jurídica venezolana, 1996, pp. 282 a 283.

219 Como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 15 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 241 y ss.

El fundamento para exigir una responsabilidad patrimonial del Estado varía si se trata de la llamada responsabilidad con falta o se trata de la llamada responsabilidad sin falta. En este último caso, se está frente a un caso de responsabilidad por acto lícito, acto respecto del cual la exigencia de indemnización viene dada por el principio de igualdad ante las cargas públicas. En cambio, en el caso de la llamada responsabilidad con culpa, de lo que se trata es de una exigencia de indemnización derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños²²⁰.

En todo caso, como se dijo, la evolución del régimen de la responsabilidad administrativa ha conducido a la inclusión en la Constitución de 1999 del artículo 140, consagrándose la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los particulares imputables al funcionamiento tanto normal como anormal (lícito o ilícito) de la Administración Pública, lo que no implica la exclusión de la aplicación del derecho civil como lo ha afirmado, por ejemplo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo²²¹.

De esta norma, en efecto, en nuestro criterio se deriva lo siguiente:

En *primer lugar*, que la responsabilidad del Estado se puede generar por daños causados a los particulares por culpa imputable a la Administración, como consecuencia de los actos u omisiones de sus funcionarios conforme a los principios del artículo 1185 C. C.

Se trata, en este caso, de daños causados por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración que es el que origina el hecho ilícito, es decir, por lesiones producidas por actividades ilegales, contrarias a derecho o que no son realizadas con sometimiento pleno a la ley y al derecho como lo exige el artículo 141 C., y que sean imputables a los funcionarios o titulares de los órganos del Estado.

En *segundo lugar*, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares por lesiones imputables al funcionamiento *anormal* de la Administración Pública, pero sin que sea necesario establecer culpa alguna de los funcionarios o titulares de los órganos del Estado, como consecuencia de la teoría del riesgo de acuerdo con lo establecido en los artículos 1192, 1193 y 1194 C.C.; y siempre que no se dé alguna de las causas eximentes de la responsabilidad consagrada en dichas normas del Código Civil y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

220 Cfr. BREWER-CARÍAS y ORTÍZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa (1961-1995)*, cit., p. 307.

221 Cfr. sentencia del 15 de junio de 2000 caso Eleoriente, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 241 y ss.

En tercer lugar, que la responsabilidad del Estado se puede también generar por daños causados a los particulares, sin que haya culpa imputable a la Administración y, por tanto, aun cuando haya habido sometimiento pleno a la ley y al derecho, y que por tanto sean derivados de lesiones causadas por el funcionamiento *normal* de la Administración.

En estos casos, el Estado debe también reparar los daños causados por la lesión, pues el particular, conforme al principio de la igualdad ante las cargas públicas, no está legalmente obligado a soportar individualmente el daño que se le causa; y siempre, por supuesto, que no se dé alguna de las causas eximentes de la responsabilidad que consagra el artículo 1193 C.C. y que la Administración también podría invocar: cuando el daño ha sido causado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor²²².

En estos casos, como lo ha señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, “lo determinante es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o anormal” de la Administración²²³. Por ello, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado que la responsabilidad administrativa” debe ser apreciada de manera objetiva”, en nuestro criterio es sólo porque descarta “la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio”²²⁴. De ahí que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, en sentencia del 21 de agosto de 2003 (caso Rogelio Cartaza Acosta), haya señalado que la Constitución de 1999 “[e]stablisha un sistema mixto de responsabilidad patrimonial del Estado, en el cual se combinan la responsabilidad objetiva o sin falta de la Administración y la responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal de la misma”; lo que condujo a la Sala a señalar que a los fines de establecer la responsabilidad del Estado, si bien debe constatarse “que se ha producido un daño patrimonial a un particular que no está obligado a soportar”,

Ese daño o lesión puede darse como consecuencia de una actuación legítima de la Administración (en cuyo caso deben utilizarse la teoría del riesgo y del principio de

222 Cfr. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 25 de marzo de 2003, caso CADAPE, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 131 y ss.

223 Cfr. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 9 de octubre de 2001, caso Hugo Eunices Betancourt, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 79 y ss.

224 Cfr. Sala Político Administrativa, sentencia del 19 de noviembre de 2002 de revisión de la sentencia del 15 de mayo de 2001, caso Gladys de Carmona, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 110 y ss.

igualdad ante las cargas públicas), o como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración (donde debe establecerse si hubo una violación a las obligaciones administrativas)²²⁵.

La Sala Político Administrativa ha señalado en la misma línea de razonamiento, en sentencia del 20 de junio de 2004 (caso Rister Deltony Rodríguez), que, por una parte, “el Estado responde ordinariamente por el funcionamiento anormal (o por falta) de las instituciones del poder público y sus órganos, en el cumplimiento o realización de sus compromisos, cometidos y fines”, y por otra parte, que “el Estado responde extraordinariamente por el funcionamiento normal (o sin falta) de las instituciones del poder público y sus órganos, esto es, por los actos, hechos u omisiones que causen un daño o perjuicio sobre la esfera jurídico-subjetiva de los conciudadanos, el cual pueda ser individualizado, valorado y estimulado, aunque aquellos se ajusten o se presuma que sean conformes con el derecho positivo”²²⁶.

XIII. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS ACTOS ESTATALES

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad, es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico venezolano no hay actos estatales excluidos de control. De allí el *décimotercer* principio fundamental del derecho público en la Constitución de 1999: el de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del poder judicial.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, acción de amparo, recursos de revisión, recurso de casación), los demás actos estatales están sujetos al control judicial

225 Cfr. la cita en HERNÁNDEZ G., *Reflexiones críticas*, cit., p. 48.

226 Citada *ibid.*, pp. 63 a 64. De lo anterior es que entonces HERNÁNDEZ deriva su conclusión sobre la interpretación del artículo 140 C., en el sentido de que dicha norma “no impone un sistema de responsabilidad sin culpa de la Administración. Exige que la Administración repare los daños por ella ocasionados, pero tales daños han de ser antijurídicos, y como tales, contrarios al ordenamiento jurídico, sea que la Administración haya procurado el daño en ejercicio de sus potestades, pero lesionando discriminatoriamente a determinado particular (lo que produciría la ruptura del equilibrio de las cargas públicas); haya creado una situación de riesgo en beneficio propio (lo que nos conduciría a los tradicionales supuestos de responsabilidad sin culpa del Código Civil), o sea que haya procurado el daño actuando indebidamente. Como se ve, y en estricto sentido, la responsabilidad sin culpa –o por riesgo creado– es sólo una de las tres situaciones de responsabilidad que encuentran cobijo en el artículo 140 de la Constitución”, *ibid.*, p. 52.

por parte de los jueces competentes para ejercer la justicia constitucional como la justicia administrativa.

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL CARÁCTER MIXTO O INTEGRAL DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES

La antigua Corte Suprema de Justicia, al referirse al ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes, señaló que está encomendado:

No tan sólo al Supremo Tribunal de la República, sino a los jueces en general, cualquiera sea su grado y por ínfima que fuere su categoría. Basta que el funcionaria forme parte de la rama judicial para ser custodio de la Constitución y aplicar, en consecuencia, las normas de ésta prevalecientemente a las leyes ordinarias [...] Empero, la aplicación de la norma fundamental por parte de los jueces de grado, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza, por lo mismo, sino a las partes interesadas en el conflicto; en tanto, que cuando se trata de la ilegitimidad constitucional de las leyes pronunciadas por el Supremo Tribunal en ejercicio de su función soberana, como intérprete de la Constitución y en respuesta a la acción pertinente, los efectos de la decisión se extienden *erga omnes* y cobran fuerza de ley. En el primer caso, el control es incidental y especial; y en el segundo, principal y general; y cuando éste ocurre, vale decir, cuando el recurso es autónomo, éste es formal o material, según que la nulidad verse sobre una irregularidad concerniente al proceso elaborativo de la ley, o bien que no obstante haberse legislado regularmente en el aspecto formalista, el contenido intrínseco de la norma adolezca de vicios sustanciales²²⁷.

En consecuencia, el sistema venezolano de justicia constitucional es un sistema mixto o integral²²⁸, en el cual el control difuso de la constitucionalidad está atribuido a todos los tribunales de la República²²⁹, y el sistema concentrado²³⁰, con relación a las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e

227 Cfr. antigua Corte Federal, sentencia del 19 de junio de 1953, *Gaceta Forense* n.º 1, Caracas, Ministerio de Justicia, 1953, pp. 77 y 78.

228 Cfr. en general ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

229 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, cit., pp. 121 y ss.; id., "La sentencia de los lapsos procesales (1989) y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de Derecho Público*, n.º 40, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 157 a 175.

230 Cfr. id., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de derecho comparado*, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1994, también en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 705 a 846.

inmediata de la Constitución, está atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional²³¹.

A. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En efecto, la Constitución establece en forma expresa en sus artículos 266, 334 y 336 la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estatal o municipal dictados en ejecución directa de la Constitución, así como de los actos con rango legal dictados por el Ejecutivo nacional.

Es decir, la Constitución prevé un control judicial concentrado de la constitucionalidad de todos los actos estatales, con exclusión de los actos judiciales y de los actos administrativos, respecto de los cuales prevé medios específicos de control de legalidad y constitucionalidad (recurso de casación, apelaciones y jurisdicción contencioso administrativa).

De acuerdo a la Constitución, por tanto, existe un control concentrado de la constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; conforme al artículo 334,

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

Este control concentrado de la constitucionalidad está reservado, en el nivel nacional, a los actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos de gobierno); en el nivel estatal, a las leyes emanadas de los consejos legislativos y demás actos de ejecución directa de la Constitución; y en el nivel municipal, a las ordenanzas municipales, consideradas invariablemente como leyes locales, y demás actos de ejecución directa de la Constitución. Mediante este control, la

²³¹ Cfr. en general sobre el sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999, *id.*, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000; *id.*, “La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1, Caracas, Edit. Sherwood, 1999, pp. 35 a 44; *id.*, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 75 y ss.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para declarar la nulidad de dichos actos, con efectos *erga omnes*, cuando sean violatorios o colidan con la Constitución. Se trata, por tanto, como hemos dicho, de un control concentrado de la constitucionalidad que se ejerce respecto de actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, atribuido a la Sala Constitucional²³².

Por tanto, conforme a dicho artículo 334, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional, requerida mediante *acción popular*, como ha sido la tradición venezolana²³³, tiene las siguientes atribuciones de control concentrado de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios, previstas en el artículo 336:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público.

De esta enumeración, por supuesto, resulta que sólo los actos subconstitucionales pueden ser objeto de control de la constitucionalidad por la Sala Constitucional, quedando excluidas las normas de la propia Carta Política de dicho control²³⁴. Los actos de reforma constitucional, sin embargo, si llegasen a vulnerar las cláusulas pétreas de la Constitución o si no se adaptan a las previsiones formales establecidas en los artículos del Texto Fundamental, en nuestro criterio, podrían ser objeto de control, pues en definitiva, como producto del

²³² Cfr. *id.*, *Judicial Review in Comparative Law*, (Prólogo de J. A. JÓLOWICZ), Cambridge Studies in International and Comparative Law, New Series, Cambridge, Cambridge University Press, 1989. El curso de Cambridge ha sido publicado completo en *id.*, *Études de droit public comparé*, Bruxelles, Académie International de Droit Comparé, Bruylant, 2001, pp. 935 y ss.

²³³ Cfr. *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, cit., p. 137 y ss.

²³⁴ Cfr. Sala Constitucional, sentencia 1140 del 5 de octubre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 101.

poder constituyente instituido o derivado, serían actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

La Sala Constitucional, en relación con el artículo 334 C., la jurisdicción constitucional y el control concentrado de la constitucionalidad, estableció una interpretación vinculante en la sentencia 833 del 25 de mayo de 2001 (caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao *vs.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), en los siguientes términos:

La jurisdicción constitucional tiene encomendado el control concentrado de la Constitución. Ese control concentrado, que corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional conforme al artículo 334 antes citado, otorga competencia a esta Sala para declarar la nulidad de:

1. Leyes;
2. Actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución;
3. Actos de los órganos que ejercen el poder público que tengan rango de ley.

El artículo 336 *ibídem* aclara la enumeración del artículo 334 en su tercer párrafo, y considera leyes:

1. Las nacionales emanadas de la Asamblea Nacional (numeral 1);
2. Actos con rango de ley, emanados de la Asamblea Nacional (numeral 2);
3. Constituciones estatales (numeral 2);
4. Leyes estatales (numeral 2);
5. Ordenanzas municipales (numeral 2);
6. Actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo nacional (numeral 3).

De este último tipo de actos, los decretos leyes dictados por el Ejecutivo (artículo 336, numeral 10), producto de leyes habilitantes, son actos con rango de ley, y como leyes son de igual naturaleza que la normativa dictada por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia en el ejercicio del artículo 267 constitucional²³⁵.

235 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.ºs 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 370.

B. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Pero además, el artículo 334 C. también dispone:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente²³⁶.

Y adicionalmente el artículo 20 CPC y el artículo 19 COPP permiten a todos los tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, el declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por tanto preferencia a las normas constitucionales. En estos casos cuando el juez declara inaplicable una ley al caso concreto, su decisión tiene carácter incidental y efectos *inter partes*, considerándose a la ley como si nunca hubiera existido o producido efectos en el caso concreto. Por supuesto, esta es una potestad exclusiva de los jueces, que los funcionarios de la Administración Pública no pueden pretender ejercer, tal como lo ha precisado la Sala Constitucional en sentencia 331 del 13 de marzo de 2001 (caso Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles):

Visto el contenido de la norma constitucional transcrita [art. 344], considera esta Sala evidente que la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, incurrió en una flagrante violación de lo dispuesto en la misma, al ejercer un control difuso de la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, al desaplicarla y no dar estricto cumplimiento a los requisitos previstos en la misma para el otorgamiento de las Licencias cuestionadas, por estimarla contraria a lo dispuesto en el artículo 71 constitucional; atribución que conforme a lo dispuesto en el transcrito artículo 334, es exclusiva de los jueces o juezas de la República, quienes la ejercen con ocasión de un caso concreto sometido a su conocimiento, al verificar la incompatibilidad entre el Texto Fundamental y otra ley o norma jurídica, cuya aplicación se les solicita²³⁷.

Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales puede decirse que es uno de los más amplios conocidos

236 Cfr. nuestra propuesta para incorporar esta norma al texto constitucional en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. III, cit., pp. 93 y ss.

237 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 374.

en el mundo actual, si se lo compara con los que muestra el derecho comparado, pues mezcla el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas²³⁸.

2. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Así como corresponde a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa corresponde conocer del control de constitucionalidad y legalidad de los actos de rango sublegal, es decir dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo en ejecución indirecta e mediata de la Constitución.

Así lo ha precisado la Sala Constitucional en sentencia 2353 del 23 de noviembre de 2001 (caso Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara) al buscar establecer las diferencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa, pretendiendo aclarar lo que había resuelto en sentencias de 4 de abril de 2000 (caso Instituto Autónomo Municipal de Chacao), ratificada por sentencia de esta Sala N° 730 del 18 de julio de 2000 (caso Jeffrey García), y 25 de mayo de 2001, que cita, exponiendo que “efectivamente fue la intención del constituyente de la Constitución vigente diferenciar la jurisdicción constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa, fundamentando dicha división jurisdiccional en un criterio formal del acto objeto de nulidad o anulación”, agregando lo siguiente:

Al respecto, el Texto Fundamental reserva exclusivamente a la jurisdicción constitucional el verdadero control concentrado de la constitucionalidad, el cual evidentemente, sólo procede en relación con aquellos actos de naturaleza constitucional y no puede proceder con relación a los actos que no han sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sino en ejecución de una ley. En otros términos, como es lógico, la nulidad por inconstitucionalidad procede sólo contra actos de naturaleza

238 De acuerdo a la terminología acuñada por PIERO CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, 1950, p. 5, y difundida por MAURO CAPPELETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971. Cfr. BREWER-CARÍAS, *Judicial Review in Comparative Law*, cit.

constitucional mientras que la nulidad por ilegalidad procede contra actos de naturaleza sub-legal o inferior.

Por lo anterior, esta Sala considera que es atribución exclusiva de la jurisdicción constitucional el conocimiento de aquellos actos de naturaleza constitucional, mientras que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de aquellos actos que no sean de naturaleza constitucional, es decir, de aquellos actos que no tengan rango de ley o que no hayan sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y así se declara.

La Sala observa que pueden existir procedimientos de nulidad por inconstitucionalidad de actos de naturaleza sub-legal en casos de que el acto se dicte, por ejemplo, obviando derechos o garantías constitucionales. En estos casos, el criterio aplicable es el mismo anterior. Es decir, en virtud de que no forma parte de la jurisdicción constitucional la declaratoria de nulidad de actos sublegales, corresponde entonces a la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los procedimientos de nulidad por inconstitucionalidad de actos sublegales, y en tal sentido, la determinación del órgano que debe conocer de cada caso dependerá de la competencia establecida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

De lo expuesto, se concluye igualmente que el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del poder público lo posee, en forma exclusiva, la Sala Constitucional, y dicho control concentrado de la constitucionalidad sólo se refiere a los actos de naturaleza constitucional, es decir aquellos actos con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y así se declara²³⁹.

La Sala Constitucional, en su empeño por concentrar control, llegó incluso a afirmar sin mayor sentido, que “no es cierto que la Sala Político Administrativa comparta el control concentrado de la constitucionalidad, tal como se señaló en la sentencia del 25 de mayo de 2001”, cuando evidentemente la Sala Político Administrativa si ejerce un control concentrado de la constitucionalidad de los reglamentos y demás actos administrativos, agregando, sin embargo, que si bien “dicha Sala conoce de la nulidad de aquellos actos sublegales cuya anulación o nulidad le compete según la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo la nulidad por inconstitucionalidad, sin embargo, en forma alguna la Sala Político Administrativa conoce de la nulidad de actos de naturaleza constitucional cuyo control concentrado reside en forma exclusiva en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y así se declara²⁴⁰. La verdad es que nada agrega la sentencia a lo que diferencia ambas jurisdicciones: el objeto

239 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 382 a 383.

240 *Ibid.*, p. 386.

de control conforme a la formación del derecho por grados. La sentencia, en todo caso, concluyó resolviendo que:

De conformidad con lo expuesto en la presente decisión, lo cual debe considerarse como una interpretación vinculante de la Constitución, obligatoria para todos los tribunales del país, incluyendo las demás salas del Máximo Tribunal de la República, cuando la acción o recurso se funde en razones de inconstitucionalidad los tribunales declinarán su competencia en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sólo en el caso que se trate de la declaratoria de nulidad de una ley, o de un acto del poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Es decir, que los procedimientos de nulidad o anulación que se refieran a actos que no hayan sido dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución deberán seguirse como procedimientos contencioso administrativos regulados en la actualidad y en forma provisional por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mientras no se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, y así se decide²⁴¹.

Ahora bien, a los efectos de asegurar la sumisión de los reglamentos y demás actos administrativos al derecho, conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de derecho y a la tradición constitucional que se inició en 1925 y se consolidó en la Constitución de 1961, el Textpo Fundamental de 1999 ha previsto la garantía judicial específica a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa y de la jurisdicción contencioso electoral, es decir, al conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y de la legitimidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico administrativas en las cuales aquélla interviene²⁴².

La norma fundamental que constitucionaliza la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela está contenida en el artículo 259 C. de 1999, cuyo texto es el siguiente:

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

²⁴¹ *Ibid.*, p. 397.

²⁴² Cfr. BREWER-CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, cit., pp. 295 y ss.

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional, que repite casi textualmente el contenido del artículo 206 de la anterior Carta de 1961, que en Venezuela se ha desarrollado la jurisdicción contencioso administrativa que se ejerce por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y otros tribunales establecidos por ley.

La configuración de dicha jurisdicción, por otra parte, se ha completado en la Constitución de 1999, al regularse también en el artículo 297 a la “Jurisdicción Contencioso Electoral”, atribuyéndose su ejercicio a la “Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley”; especializándose así el control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos del poder electoral.

Con base en el artículo 259 C. (equivalente al 206 C. de 1961), fue la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia la que elaboró las bases del contencioso administrativo²⁴³, las cuales, desarrolladas por la doctrina nacional²⁴⁴, condujeron a la elaboración de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976²⁴⁵, en cuyas normas se reguló el procedimiento contencioso

243 En cuanto a la jurisprudencia, cfr. *id.*, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de derecho administrativo*, t. v, “La jurisdicción contencioso administrativa”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978; *id.*, y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, cit., y LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980-1994)*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995.

244 Cfr. en general, LUIS TORREALBA NARVÁEZ, “Consideraciones acerca de la jurisdicción contencioso administrativa, su procedimiento y algunas relaciones de éste con el de la jurisdicción judicial civil”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1951; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, *El sistema contencioso administrativo de la carrera administrativa. Instituciones, procedimiento y jurisprudencia*, Caracas, Ediciones Magón, 1974; BREWER-CARIAS, *Estado de derecho y control judicial*, cit., pp. 281 y ss.; *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, cit.; JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, *Derecho procesal administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos, 1996; ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Caracas, Edit. Sherwood, 1998; CARLOS L. CARRILLO ARTILES, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1996; VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos, 1998; DANIELA UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, Funeda, 2003. Cfr. además, las siguientes obras colectivas: *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979; *Contencioso administrativo en Venezuela*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993; *Derecho procesal administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos, 1997; *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, VIII Jornadas “J. M. Domínguez Escovar” (Enero 1983), Caracas, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, 1983; *Contencioso administrativo*, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, Funeda, 1995; *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, XVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, 1993.

245 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976, *Gaceta Oficial* n.º 1893, extra., del 30 de julio de 1976.

administrativo ante la Corte; situación que ha continuado con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁴⁶.

Tanto la Constitución de 1961 como la de 1999, atribuyeron al legislador una amplia potestad para la determinación de los tribunales que integran tanto la jurisdicción contencioso administrativa como la jurisdicción contencioso electoral, con las solas limitaciones constitucionales en el sentido de que, conforme al artículo 266, sólo el Tribunal Supremo de Justicia (Sala Política Administrativa) tiene competencia para:

4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.
5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo nacional, cuando sea procedente.
6. Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley.

Al reservarse al Tribunal Supremo, en general, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo nacional, cuando sea procedente, por supuesto se dejó implícitamente a los demás tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para declarar la nulidad de los actos de las autoridades administrativas de los estados y municipios. Por supuesto, en cuanto a las demás autoridades nacionales que no conforman estrictamente el “Ejecutivo nacional”, el control contencioso administrativo de sus actos constitucionalmente puede atribuirse a otros tribunales distintos del Tribunal Supremo de Justicia, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad, como parcialmente lo hizo la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, al crear transitoriamente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y atribuirle competencia en dicha materia al igual que a ciertos tribunales superiores con competencia en lo civil.

Ahora bien, la importancia del texto del artículo 259 C., y su efecto inmediato, que es la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa, radica en los siguientes cuatro aspectos²⁴⁷.

²⁴⁶ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial*, n.º 37942 del 20 de mayo de 2004.

²⁴⁷ ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993.

En primer lugar, en la universalidad del control que la Constitución regula respecto de los actos administrativos, en el sentido de que todos, absolutamente todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones, y como lo explicó la Exposición de motivos de la Constitución de 1961, la fórmula “‘contrarios a derecho’ es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar fuera de control algunos actos administrativos”.

Por tanto, la intención de los proyectistas de la norma, tanto en la Constitución de 1961 como en la de 1999, fue la de que a todos los actos administrativos, por cualquier motivo de contrariedad al derecho (inconstitucionalidad o ilegalidad), pudieran ser controlados por los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa²⁴⁸. Ello, por supuesto, trae una consecuencia fundamental: cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los tribunales, en particular, del propio Tribunal Supremo de Justicia.

A los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control²⁴⁹. Es la tendencia a la universalidad del control, la que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las administraciones públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por

248 Cfr. en particular lo especificado por la sentencia 2353 del 23 de noviembre de 2001 de la Sala Constitucional, caso Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas del municipio Iribarren del Estado Lara: “de la interpretación literal de la norma no puede considerarse que excluye la nulidad de actos administrativos generales o individuales por razones de inconstitucionalidad, ya que la expresión “contrarios a derecho” incluye igualmente la inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, 2001, p. 381.

249 Cfr. p. ej. la sentencia del 11 de agosto de 1993 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa en la cual se afirmó que “la jurisdicción contencioso administrativa [...] abarca, sin excepción, a todos los actos administrativos”, por lo que desaplicó por inconstitucional el artículo 519 de la Ley Orgánica del Trabajo que excluía el recurso contencioso administrativo contra las decisiones de los inspectores del trabajo favorable a los sindicatos, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, 1993, p. 390.

otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa²⁵⁰.

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

Pero en *tercer lugar*, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 259 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, en el sentido de lo establecido en los artículos 26 de la propia Constitución y 18, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo. En esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucionalmente como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana esta última debe prevalecer.

Además, en *cuarto lugar*, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación al juez contencioso administrativo de amplísimos poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. Por ello, el juez contencioso administrativo, de acuerdo a los propios términos del

250 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, cit., pp. 25 y ss.

artículo 259 C., tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, y además para disponer lo necesario con miras al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa, incluyendo en la expresión “situaciones jurídicas subjetivas” no sólo el clásico derecho subjetivo, sino los derechos constitucionales y los propios intereses legítimos, personales y directos de los ciudadanos.

B. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO FUERO JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por otra parte, debe destacarse que a pesar de la expansión del contencioso administrativo en relación a su objeto de control y a la presencia del derecho administrativo, hasta el año 2004 no se había constituido en la jurisdicción especial de la Administración Pública. Es decir, la jurisdicción contencioso administrativa no constituía un fuero judicial específico del conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento, ni del ejercicio de la función administrativa o de la actividad Administrativa Pública del Estado.

En efecto tal como estaba regulada en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema del Justicia (arts. 42.15, 182.2 y 185.6), la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de demandas contra los entes estatales sólo se refería a las demandas contra la República y contra los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales²⁵¹. En esta forma quedaba fuera del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en primera instancia, las demandas contra los estados y municipios y contra los institutos autónomos y empresas del Estado estatales o municipales, aun cuando en segunda instancia conocieran de estas causas los tribunales superiores contencioso administrativos, mediante apelación. Ante estas regulaciones, sin embargo, la forma de penetración de la jurisdicción contencioso administrativa en campos que normalmente le estaban excluidos, como el de las demandas contra los estados y municipios, fue a través de la teoría de los actos separables, lo que permitió someter al conocimiento de la jurisdicción los actos administrativos unilaterales que se podían aislar de una relación jurídica contractual que

251 Así se había interpretado por los órganos de la jurisdicción al aplicar la expresión “empresas del Estado”, reservando la jurisdicción sólo a las nacionales, *ibíd.*, pp. 44 y ss.

se hubiera podido concebir como “de derecho privado” y cuyo conocimiento, por tanto, no correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa²⁵².

En todo caso, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004²⁵³, al reformarse las normas que transitoriamente rigen el contencioso administrativo, puede decirse que se ha buscado configurar a la jurisdicción contencioso administrativa como un fuero de la Administración Pública, en su globalidad, de manera que para que la misma juzgue la actuación de estas no sea necesario acudir a mecanismo indirectos como el señalado. En efecto, en cuanto a las demandas contra los entes públicos, el artículo 5.º, párrafo 1.º, 24 atribuyó a la Sala Político Administrativa competencia para “conocer de las demandas que se propongan contra la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere”. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 1315 del 8 de septiembre de 2004, además, aplicando el principio de la unidad de competencia, estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos, cuando sean los entes públicos los demandantes contra particulares²⁵⁴.

252 Cfr. p. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 26 de junio de 1990, caso Karl Wuff, *Revista de Derecho Público*, n.º 43, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 97 a 99.

253 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 37942 del 19 de mayo de 2004. Cfr. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, cit., pp. 207 y ss.

254 Caso de declinatoria de competencia, Alejandro Ortega O. vs. Banco Industrial de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 298 y ss.

PRIMERA PARTE
EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde el punto de vista jurídico, la Administración Pública puede considerarse como el objeto de regulación por excelencia del derecho administrativo. Por ello, la definición más sencilla de esta disciplina jurídica es considerarla como aquella rama del derecho público que regula a la Administración Pública¹; la cual, sin embargo, aun cuando no es sustancialmente inexacta, es insuficiente dados los múltiples sentidos que tiene la noción de Administración Pública².

En efecto, en el campo del derecho administrativo la expresión “Administración Pública” tiene al menos dos significados: por una parte, con ella se identifica a un conjunto de órganos del Estado o, más propiamente, de las personas jurídicas estatales que como sujetos de derecho actúan en el mundo de las relaciones jurídicas; y por la otra, con dicha noción se identifica también a un conjunto de actividades que resultan de la gestión del interés general (actividad administrativa) realizada generalmente por esos mismos órganos. Hay, por tanto, al menos un concepto orgánico y un concepto material de la Administración Pública; y ambos interesan al derecho administrativo³.

Desde el punto de vista orgánico, la Administración Pública se identifica siempre como un *conjunto de órganos* de las personas jurídicas que, como sujetos de derecho, conforman el Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales. Por tanto, las nociones de Administración Pública y de personas jurídicas estatales

-
- 1 “El objeto del derecho administrativo es la Administración Pública, en todas sus manifestaciones, sean éstas externas o internas”. Así lo ha indicado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 214.
 - 2 Para una aproximación más amplia respecto de la noción de Administración Pública, Cfr. TOMÁS POLANCO A., “La Administración Pública”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1952, pp. 117 a 371; NECTARIO ANDRADE LABARCA, “La Administración Pública”, *Revista de la Facultad de Derecho*, año 1, n.º 3, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1961, pp. 7 a 20; ALLAN R. BREWER-CARIÁS, “Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 41, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1968, pp. 19 a 64; id., *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980.
 - 3 La Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia del 25 de febrero de 2000 ha señalado, p. ej., que la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 C., es el “complejo orgánico encargado de realizar la función pública (satisfacción y tutela de los intereses generales), el cual conforme a la tesis doctrinaria dominante, derivada de la diferencia entre Gobierno y Administración, está integrado por los órganos que forman los poderes ejecutivos nacional, estatal y municipal”, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 170. En cambio, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000, ha señalado que “la doctrina predominante, con todo acierto, al referirse a la Administración Pública, no considera a ésta en sentido orgánico o subjetivo, sino desde el punto de vista material, sustancial u objetivo, vale decir, la Administración resulta caracterizada con base en la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto; sólo se tiene en cuenta el ‘acto’ en sí mismo”, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 214.

siempre están indisolublemente vinculadas, ya que son los órganos de éstas las que constituyen la primera.

Pero sin embargo, no todos los órganos de las personas jurídicas estatales son parte o constituyen la Administración Pública, sino sólo aquéllos de las personas jurídicas político territoriales que derivan de la forma federal del Estado, es decir, de la República, de los estados, de los municipios y de las demás entidades políticas que la componen, que ejercen el poder ejecutivo. Estos órganos son los que, en general, se identifican en el lenguaje jurídico común como “el poder ejecutivo”⁴, que comprende a la Presidencia de la República y a los ministerios a nivel nacional (Ejecutivo nacional), a las gobernaciones de los estados (Ejecutivo estatal) y a las alcaldías municipales (Ejecutivo municipal). Esos órganos conforman lo que se denomina, en general, la “Administración central”.

Además, también integran la Administración Pública los órganos de las personas jurídicas estatales descentralizadas de las mencionadas personas estatales político territoriales, que actúan siempre adscritas y bajo el control de tutela de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como, por ejemplo, los institutos autónomos, o con forma jurídica de derecho privado, como, por ejemplo, las empresas o fundaciones del Estado. Estos órganos conforman lo que se denomina, en general, la “Administración descentralizada”. En tal sentido, en relación con la Administración Pública nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha señalado:

Al respecto, y en un primer término, se observa que la Administración Pública nacional está integrada por: a) La Administración Central, conformada por órganos que dependen directamente del Ejecutivo nacional, como lo son la Presidencia de la República, la Vicepresidencia Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministerios, las Oficinas Centrales de la Presidencia, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo de la Defensa de la Nación; y, b) La Administración descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos tipos, la Administración descentralizada Territorialmente, conformada por los entes político-territoriales (Estados y municipios); y la Administración descentralizada Funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado⁵.

4 La Sala Constitucional ha señalado, p. ej., que “el poder ejecutivo es por definición [un] conjunto orgánico”, sentencia 1447 del 3 de junio de 2003, caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, p. 192.

5 Sentencia 2724 del 18 de diciembre de 2001, caso Impugnación del artículo 2.º ordinal 9.º de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (consultada en original).

Pero una descripción como la anterior de la Administración Pública en sentido orgánico, también podría considerarse como insuficiente en nuestro régimen constitucional, pues hay otros órganos de las personas jurídicas estatales político territoriales que si bien también se puede considerar que integran o son parte de la Administración Pública, sin embargo, no ejercen el poder ejecutivo. Es decir, si bien todos los órganos del Estado que ejercen el poder ejecutivo están integrados en la Administración Pública, no todos los órganos que conforman la Administración Pública ejercen el poder ejecutivo del Estado, de manera que hay órganos de la Administración Pública que no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los gobernadores ni de los alcaldes, pues ejercen otros poderes públicos distintos del poder ejecutivo. Recuérdese, en efecto, que conforme al sistema de penta división del poder público establecido en el artículo 136 C., el poder público nacional se divide en cinco ramas: legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral, de manera que los órganos estatales que los ejercen son, respectivamente, autónomos e independientes entre sí.

En ese contexto de división del poder público nacional, además de aquéllos que ejercen el poder ejecutivo, los órganos estatales que ejercen el poder ciudadano (Ministerio Público: Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (Consejo Nacional Electoral y sus juntas y comisiones), si bien son autónomos e independientes del poder ejecutivo nacional y de los otros poderes públicos, sin embargo también son órganos que forman parte de la Administración Pública de la República⁶, aun cuando no sean parte de la “Administración central”.

Igualmente, también conforman la Administración Pública de la República los órganos de administración y gobierno del poder judicial dependiente del Tribunal Supremo de Justicia, en particular, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus diversas dependencias.

Como se puede apreciar, el universo de la Administración Pública en sentido orgánico es mucho más amplio que el tradicional, que la reducía a los órganos estatales que ejercían el poder ejecutivo; y ello se confirma por la misma ubicación de la sección segunda, “De la Administración Pública”, en el capítulo I, “De las disposiciones generales”, del título IV sobre “El poder público” de la Constitu-

6 Como lo ha dicho la Sala Constitucional: “ambos poderes constituyen, fuera del ejecutivo, organizaciones calificables como Administración Pública”, sentencia 340 del 9 de marzo de 2004, caso Impugnación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema nacional de control fiscal y del Reglamento sobre los concursos para la designación de los titulares de las contralorías municipales y distritales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 220.

ción de 1999. Los artículos constitucionales de dicha sección: el 141, sobre los principios de la Administración Pública; el 142, sobre la creación de entes descentralizados, y el 143, sobre el derecho a la información administrativa y acceso a los documentos oficiales, se aplican a todo el universo de órganos que conforman la Administración Pública⁷, y no sólo a los que ejercen el poder ejecutivo.

Sin embargo, en cuanto a la Ley Orgánica de la Administración Pública⁸, la misma, si bien está básicamente destinada a regular a la Administración Pública central del poder nacional (que ejerce el poder ejecutivo) y a la Administración Pública descentralizada nacional, sus normas son aplicables a los otros órganos nacionales, estatales y municipales antes mencionados que integran la Administración Pública, como se deriva de su artículo 1.º que dispone:

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a la Administración Pública nacional. Los principios y normas que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados, distritos metropolitanos y municipios serán de obligatoria observancia por éstos, quienes deberán desarrollarlos dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Las disposiciones de la presente Ley podrán aplicarse supletoriamente a los demás órganos del poder público.

Pero por otra parte, como se ha dicho, el término Administración Pública también tiene una connotación material al identificar no sólo a un conjunto de órganos estatales, sino a unas *actividades* realizadas con vistas a satisfacer un interés general del Estado o de la sociedad, generalmente por sus órganos.

Estas actividades se caracterizan, ante todo, porque son siempre de carácter sublegal en el sistema de formación del derecho por grados, pues se trata de actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo indirecta y mediata de la Constitución; y fundamentalmente las realizan los órganos del Estado o de las personas jurídicas estatales; órganos que, sin embargo,

7 Cfr. sobre el régimen constitucional relativo a la Administración Pública, BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. I, cit., pp. 276 y ss.; ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS, "La Administración Pública nacional y su organización administrativa en la Constitución de 1999", en *Estudios de derecho administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, cit., pp. 428 a 471.

8 Cfr. sobre el régimen legal de la Administración Pública, ALLAN R. BREWER-CARIAS, "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública", en id. y RAFAEL J. CHAVERO G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 13 y ss.; GUSTAVO BRICEÑO VIVAS, "Principios constitucionales que rigen la Administración en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública", en *Temas de derecho administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. I, cit., pp. 351 a 372.

no necesariamente son sólo los antes señalados que integran la Administración Pública en sentido *orgánico*. La actividad administrativa del Estado, en efecto, no la cumplen únicamente los órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el poder ejecutivo, el poder judicial (gobierno y administración del mismo), el poder ciudadano y el poder electoral y que conforman la Administración Pública, sino que también la cumplen la Asamblea Nacional, los consejos legislativos de los estados y los concejos municipales, en ejercicio del poder legislativo, o el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, en ejercicio del poder judicial, cuando por ejemplo administran su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares en ejercicio de la función administrativa o cuando ejercen la función normativa emitiendo actos reglamentarios. La actividad administrativa como objeto del derecho administrativo, por ello, está también esencialmente vinculada al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, política, administrativa, jurisdiccional y de control).

Además, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo muchas veces se realiza por particulares o por personas jurídicas de derecho privado e, incluso, de carácter no estatal, pero que en virtud de la ley ejercen prerrogativas del poder público. Así sucede, por ejemplo, con ciertos actos de las universidades privadas o de las federaciones deportivas, como serían los actos sancionatorios, regulados por ejemplo en las leyes que regulan a las universidades y al deporte, y que tienen el carácter de actos administrativos⁹.

Finalmente, no toda la actividad que realizan algunos órganos que configuran la Administración Pública del Estado, como por ejemplo la que realiza el Presidente de la República, constituye actividad administrativa, sino sólo las actividades que sean de carácter sublegal. El Jefe del Ejecutivo nacional y otros órganos del Estado, en efecto, además de realizar actividades en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, ejercen actividades que son formal y sustancialmente distintas de la anterior, realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como son las actividades políticas (de gobierno)¹⁰. Por ello, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo está esencialmente vinculada al sistema de

9 Cfr. el análisis de la jurisprudencia sobre el tema en ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Estado de derecho y control judicial*, Alcalá de Henares y Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 498 y ss.

10 Cfr. id., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, "La justicia constitucional", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 199 a 226; e id., "Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, n.º 26, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 65 a 68.

formación del derecho por grados¹¹, al cual nos hemos referido en la *Introducción general*.

Pero si bien la Administración Pública, tanto en su connotación orgánica como en su sentido material de actividad, constituye el objeto del derecho administrativo, no todo el derecho que regula a la Administración Pública, o sea, a los órganos estatales que la conforman o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. Es decir, en el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que, por ejemplo, regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, mercado de capitales, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

Por lo demás, como se dijo, esos sujetos de derecho o personas jurídicas estatales que interesan al derecho administrativo no tienen una configuración uniforme pues pueden tener la forma de personas jurídicas de derecho público o la forma jurídica de personas jurídicas de derecho privado. Por ello, a los órganos de la Administración Pública, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo, en una forma u otra, siempre se les interaplica de manera variable un régimen tanto de derecho público como de derecho privado¹². El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. De allí que las clásicas ecuaciones del derecho administrativo de principios del siglo pasado, que, por lo demás, fueron útiles en el proceso de

11 Sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico, creación de la denominada Escuela Vienesa, Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 135 y ss.; MERLK, *Teoría general del derecho administrativo*, cit., pp. 7 a 62. Sobre dicho sistema en el constitucionalismo venezolano, Cfr. BREWER-CARIAS, *Derecho administrativo*, t. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 373 y ss.; íd., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. 1, "Evolución histórica del Estado", San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 107 a 117.

12 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo", en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, 1996, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 1996, pp. 23 a 73.

autonomización de nuestra disciplina, puede decirse que quedaron en la historia bibliográfica del derecho administrativo. Ellas fueron, por una parte:

Personas públicas-Administración Pública-actividad administrativa-derecho público-actos administrativos-contratos administrativos-responsabilidad administrativa;

y por la otra parte:

Personas privadas-administración privada-actividad privada-derecho privado-actos privados-contratos privados-responsabilidad civil.

Y ello ocurrió, precisamente por los dos elementos que hemos destacado: la Administración Pública es un complejo orgánico de determinadas personas político territoriales, conforme a nuestro sistema constitucional de distribución vertical y horizontal del poder público, que se rige por el derecho administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

En todo caso, el derecho administrativo no pierde su autonomía cuando a la Administración Pública y a la actividad administrativa se le aplican normas de derecho privado, ni los órganos del Estado dejan de serlo cuando, para determinadas actuaciones, deban regirse, además de por el derecho público, por normas del derecho privado; así mismo, los particulares y, en general, las personas jurídicas no estatales, no dejan de serlo cuando en ciertas de sus actividades cotidianas se encuentran sometidos al derecho administrativo, incluso, en algunos casos con preponderancia del derecho civil. El derecho, en definitiva, es uno sólo y se aplica a todos los sujetos de derecho en todas sus ramas, las cuales tendrán preponderancia según cual sea la finalidad de la actividad que estos realizan.

Por tanto, el derecho administrativo no comprende la totalidad de las normas que se aplican tanto a los órganos de la Administración Pública del Estado como a la actividad administrativa del mismo, pues siempre estos órganos y esas actividades están sometidos a un régimen mixto de derecho administrativo y de derecho privado, con preponderancia variable de uno u otro.

§ 1. *La Administración Pública y
el derecho administrativo*

De todo lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que la definición de la Administración Pública como objeto del derecho administrativo es esencial para la definición de esta rama del derecho, la cual consideramos que tiene que estar basada en la descripción de dicho objeto.

Por ello, bien podría partirse para el estudio de nuestra disciplina de la definición del derecho administrativo como: aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman el Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativa, y los administrados, que moldean las formas de la actividad administrativa.

Con una definición como esta, por supuesto, no cabe hacer intento alguno de adoptar un criterio único para definir el derecho administrativo¹. No se trata, por tanto, ni de una definición orgánica ni de una definición material ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el derecho administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado. Por ello, el derecho administrativo de hace cuatro o cinco décadas no es ni puede ser el mismo del mundo contemporáneo, y ello por la razón fundamental de que regula una parcela esencial de la acción del Estado que, además de ser siempre heterogénea, es esencialmente mutable.

1 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El concepto de derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública*, vol. I, n.º 100 a 102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 685 a 704, y en *Estudios de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 7 a 24; con el título "Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, n.º 16, octubre-diciembre, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 5 a 20; e id., "El derecho público en Venezuela y Colombia", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. VII, "1984-1985", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1986, pp. 215 a 231. Cfr. además, específicamente sobre el tema, NECTARIO ANDRADE LABARCA, "Consideraciones sobre el concepto de derecho administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho*, año II, n.º 6, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1962, pp. 5 a 14; FRANCISCO BRICEÑO CANELÓN, "Idea general, concepto e importancia del derecho administrativo", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, año XV, n.º 67 a 72, enero-diciembre, Caracas, 1951, pp. 62 a 73, e id., "Caracteres generales del derecho administrativo en Venezuela", *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*, n.º 28, Barquisimeta, 1963, pp. 27 a 48.

Ahora bien, lo que resulta de cualquier definición del derecho administrativo y, en particular, de su objeto, la Administración Pública, es que en forma preliminar deben estudiarse los siguientes aspectos:

En *primer lugar*, el conjunto de sujetos de derecho o personas jurídicas estatales cuyos órganos conforman la Administración Pública como complejo orgánico.

En *segundo lugar*, la Administración Pública como tal complejo orgánico dentro de la estructura general del Estado que resulta del sistema de distribución del poder público en Venezuela, que por la forma federal del Estado no sólo es horizontal sino vertical.

En *tercer lugar*, la función administrativa dentro de las funciones del Estado como tareas esenciales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con las mismas actividades estatales.

En *cuarto lugar*, la actividad administrativa como una de las actividades del Estado que se realiza por todos los órganos del mismo, de carácter sublegal y en ejercicio de variadas funciones, su régimen y control.

En *quinto lugar*, las formas de la actividad administrativa como consecuencia del conjunto de relaciones que se establecen entre las personas jurídicas estatales y los administrados o entre los diversos órganos de la Administración Pública con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de una actividad administrativa.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO COMPLEJO DE ÓRGANOS ESTATALES

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONJUNTO DE ÓRGANOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES Y LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO

A. EL ESTADO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

La Constitución utiliza con gran frecuencia la palabra “Estado” para establecer, por ejemplo, obligaciones prestacionales concretas a cargo de los entes públicos en relación con los administrados. Por ejemplo, dispone que “el Estado protegerá la familia” (art. 75), que “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud” (art. 84), que “el Estado asumirá [la educación] como función indeclinable” (art. 102), que “el Estado garantizará la atención integral de los deportistas” (art. 111), que “el Estado reconocerá la

existencia de los pueblos y comunidades indígenas (art. 119), o que “el Estado protegerá el ambiente” (art. 127).

Sin embargo, “el Estado”, como tal y en el orden constitucional y legal interno, a pesar de estas expresiones constitucionales, no es sujeto de derechos y obligaciones pues no es una persona jurídica, sino que, en realidad, lo conforman un conjunto de personas jurídicas estatales. Es decir, si bien es cierto que en el ámbito de la comunidad internacional la República de Venezuela, como “Estado”, goza de personalidad jurídica internacional, en cambio, en el ámbito del derecho interno el Estado, como tal, no es un solo sujeto de derecho o persona jurídica, sino que en realidad es un conjunto de personas jurídicas estatales, que resultan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del poder público (personas jurídicas estatales). Como lo ha constatado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo:

El Estado, al menos entre nosotros, es visto como la personificación de la República a efectos internacionales (en el entendido de que sólo la República tiene poder para las relaciones exteriores) e incluso como la forma de englobar el conjunto de personas públicas a ciertos efectos nacionales (como sería el caso de asuntos atribuidos a todas las personas públicas, incluso no territoriales, por lo que no es necesario distinguir entre ellas y se les trata en común; tal es el supuesto del deber del Estado de procurar la salud o la educación de la población, que en ningún caso puede ser considerado como una obligación exclusiva de un ente)².

B. LA DISTRIBUCIÓN Y DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO

En efecto, en la Constitución, cuando se regula el poder público como la potestad constitucional que habilita a las personas estatales para actuar como sujetos de derecho y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular³, establece un doble sistema respecto de su separación: una distribución vertical del mismo en el territorio, y una división orgánica horizontal del mismo en cada nivel territorial. Por ello es que el artículo 136 C. establece que “el poder público

2 Cfr. sentencia 285 del 4 de marzo de 2004, caso Interpretación de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 278.

3 La Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia 4 del 25 de enero de 2001, caso Roraima Quiñonez vs. Universidad de Carabobo, ha definido “la potestad –por oposición al derecho subjetivo– como poder que tienen una serie de órganos conforme al ordenamiento jurídico para imponer su voluntad frente a los particulares, se justifica precisamente por el hecho de que la actuación de estos órganos (sean o no administrativos en sentido estricto) debe responder a necesidades de interés general, que precisamente viene a legitimar la preeminencia del ejercicio de esta potestad sobre los intereses particulares”, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 145.

se distribuye entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional”; y además, que “el poder público nacional”, cuyo ejercicio es el que básicamente se regula en la Constitución *Nacional*, “se divide en legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral”.

Como antes se ha analizado en la *Introducción general*, lo primero que establece esta norma es la llamada *distribución vertical* del poder público, lo que da origen a un sistema de personas jurídicas estatales derivadas de la descentralización político territorial que origina la forma federal del Estado, en tres niveles: nacional, estatal y municipal; y lo segundo que regula la disposición es que en el nivel nacional se establece una penta *división horizontal* del poder público, lo que da origen a la separación orgánica de los poderes del Estado, no sólo en los tres clásicos poderes legislativo, ejecutivo y judicial, siguiendo los criterios tradicionales del constitucionalismo moderno, sino agregando al poder ciudadano y al poder electoral. Estos últimos lo ejercen los órganos del Estado que con anterioridad se habían venido configurando como órganos constitucionales con autonomía funcional⁴ y que formaban parte de la Administración Pública.

Estos dos sistemas de regulación del poder público, para su ejercicio, tienen implicaciones en la configuración de la Administración Pública como complejo orgánico; pero es la distribución territorial del mismo la que origina los diversos sujetos de derecho o personas jurídicas que configuran el Estado, y dentro de cuyos órganos están los que constituyen la Administración Pública.

C. LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

En efecto, siendo el Estado venezolano un “Estado federal descentralizado” en los términos formales establecidos en el artículo 4.º C., el mismo está básicamente conformado por el conjunto de personas jurídicas político territoriales que son: la República, los estados, los municipios y las otras personas jurídicas estatales producto de la descentralización política y funcional. El Estado, por ello, se insiste, no es una persona jurídica en el ámbito interno, sino que en el sistema constitucional lo que existen son muchas personas jurídicas que actualizan su voluntad, que son las personas jurídicas estatales.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en el derecho administrativo, en Venezuela no existe ni puede existir una sola Ad-

4 Cfr. sobre el sistema anterior a la Constitución de 1999, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 11 y ss.

ministración Pública como complejo orgánico, ni las administraciones públicas pueden, como tales, ser personas jurídicas. En realidad, cada una de las personas político territoriales tiene su propia Administración Pública como conjunto orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico estatal a la cual pertenece. En otras palabras, la Administración Pública, en realidad, es una organización que, por supuesto, está conformado por un conjunto de órganos que, además, lo son de las personas jurídicas estatales, y que, como tales órganos, sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y, mediante ellas, la del Estado.

D. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

La Administración Pública, por ello, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública, está conformada tanto por los órganos de las personas jurídicas estatales como unidades administrativas, como por algunas de dichas personas (las no territoriales) que la ley denomina “entes”. Así lo indica el artículo 15 LOAP al disponer que “los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa”⁵, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, de manera que:

Tendrá el carácter de *ente* toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios.

Son *órganos* las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.

De lo anterior deriva la importancia que tiene para el derecho administrativo el tema de la personalidad jurídica.

Ahora bien, en cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque, en definitiva, son las que establecen relaciones jurídico administrativas con los particulares. La Administración Pública, por tanto, se insiste, no es una persona jurídica en sí misma; sino que está conformada por los órganos de las diversas personas jurídicas estatales; noción ésta última clave para su precisión.

5 Cfr. en general, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, “La potestad organizativa en el derecho venezolano”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera. Estudios sobre la Constitución*, t. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 2105 a 2192.

Como en tantos otros aspectos del derecho administrativo, la construcción de la teoría de la personalidad jurídica no puede hacerse con independencia de los principios y regulaciones de la teoría general del derecho y, en especial, del derecho civil, pues la idea de persona jurídica o moral, como sujeto de derecho, es y tiene que ser una y única⁶.

En efecto, de acuerdo con el Código Civil, en el mundo del derecho, además de las personas naturales, son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, como entes capaces de derechos y obligaciones, una serie de “centros de intereses” con sustratos personales o reales a los cuales, para protegerlos jurídicamente, el ordenamiento jurídico les asigna personalidad jurídica o moral como entidades abstractas. En tal sentido, el artículo 19 C.C. dispone:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

- 1.º La Nación y las Entidades políticas que la componen;
- 2.º Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público;
- 3.º Asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

De acuerdo con esta enumeración, en consecuencia, son personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano:

En *primer lugar*, las *personas jurídicas político territoriales*, que el Código Civil enuncia como “la Nación y las entidades políticas que la componen”, y que conforme a la terminología de la Constitución integran el Estado. Como se ha dicho, la forma federal del mismo establecida en la Constitución (art. 4.º) y la distribución vertical del poder público “entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional” (art. 136) da origen a tres niveles de personas jurídicas que integran el Estado: la República, que ejerce el poder nacional; los estados, que ejercen el poder estatal, y los municipios y demás entidades locales (entre ellas los distritos metropolitanos), que ejercen el poder municipal.

En esta forma, como se dijo, en el derecho interno el “Estado” comprende a la República, a los estados y a los municipios y a las demás entidades locales; por lo que en el derecho interno la República es una de las personificaciones del Estado en el ámbito nacional, siendo los estados federados y los municipios, también, personificaciones del Estado en sus respectivos ámbitos territoriales.

6 Cfr. BREWER-CARÍAS, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. 1, cit., pp. 266 y ss.

El Estado, por tanto, no se puede confundir con la República y menos aún cuando la Constitución, como se ha dicho, usa la palabra “Estado” para concebir la organización política y jurídica que ejerce el poder público frente a las actividades y entidades privadas.

En *segundo lugar*, de acuerdo al artículo 19 C.C., también son personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano las *personas jurídicas “de carácter público”*, entre las cuales el Código enuncia a “las Iglesias de cualquier credo que sean y las universidades”. Estas personas jurídicas de carácter público, conforme a la terminología empleada en la Constitución de 1999 (art. 145, en particular), son las “demás personas jurídicas de derecho público” (excluidas las político territoriales) y que comprenden, además de las de carácter corporativo, algunas de las cuales (comunidades) son las que enuncia el ordinal 2.º artículo 19 C.C. (Iglesias y universidades), las de carácter institucional (o fundacional) que son los institutos autónomos, terminología acogida también en la Constitución (art. 142, entre otros).

En *tercer lugar*, el Código Civil también considera como personas morales a las *personas jurídicas “de carácter privado”*, las cuales son las personas jurídicas de derecho privado, terminología también seguida en la Constitución (art. 145, entre otros), que comprenden a las asociaciones, entre las cuales se destacan las sociedades civiles y sociedades mercantiles, las corporaciones, que incluyen a las comunidades particulares y las fundaciones lícitas, cuya personalidad se adquiere, en principio, con la protocolización de la correspondiente acta constitutiva en la respectiva Oficina Subalterna de Registro.

Ahora bien, no todas las personas jurídicas enumeradas en este artículo 19 C.C. interesan al derecho administrativo, ni son objeto de regulación formal por parte de esta disciplina, ni todos sus órganos configuran la Administración Pública. Entre ellas, son objeto de estudio por el derecho administrativo aquellas que forman parte de la organización general del Estado, sean constituidas con forma jurídica de derecho público o de derecho privado. Es decir, aquellas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el “sector público” (art. 289,3 C.) y que pueden considerarse como personas jurídicas *estatales* conforme a la terminología que adopta la misma Constitución (arts. 145 y 180, entre otros).

Sin embargo, también son objeto de estudio por el derecho administrativo aquellas personas jurídicas con forma de derecho público que aun siendo no estatales, por el conjunto de potestades que les están atribuidas por ley, su actividad está sometida a un régimen de derecho administrativo, como ocurre con los colegios profesionales.

En efecto, de acuerdo a la enumeración del mismo artículo 19 C.C., entre las personas jurídicas estatales, además de las político territoriales, están algunas de

carácter público o de derecho público, como los institutos autónomos. Pero no todas las personas de derecho público son estatales, porque por ejemplo, si bien los colegios profesionales, las academias nacionales y las Iglesias son “personas de derecho público”, no son, en absoluto, de carácter estatal, pues no forman parte de la organización general del Estado.

Por otra parte, también son personas jurídicas *estatales* todas aquellas personas jurídicas de derecho privado creadas y dirigidas por otras personas estatales, como sucede con las sociedades mercantiles (empresas del Estado) y civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su forma de derecho público o de derecho privado. Por pertenecer a la organización general del Estado (sector público) o Administración Pública, son objeto de regulación por parte del derecho administrativo.

Pero además, como se dijo, también interesan al derecho administrativo y están sometidas a sus regulaciones todas aquellas personas jurídicas que aun cuando no sean estatales porque no forman parte de la organización general del Estado y sus órganos, y por tanto no sean parte de la Administración Pública, sin embargo son de *derecho público* o, en la terminología del artículo 19 C.C., son “cuerpos morales de carácter público” como sucede, por ejemplo, con los colegios profesionales o las academias nacionales.

E. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

De lo anterior resulta, por tanto, a los efectos de determinar la Administración Pública, la necesidad ineludible de emplear las dos clasificaciones respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo que se han mencionado (*Introducción General, V*), y que son objeto de análisis detallado en la *Segunda Parte* de esta obra: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, según la forma jurídica adoptada; y por la otra, la que distingue las personas estatales de las no estatales, según su integración a la estructura y organización general del Estado. Los órganos de las personas jurídicas estatales son básicamente los que configuran la Administración Pública.

Ello, además, deriva de lo que se regula en los artículos 142, 145, 159, 168, 180, 184,4; 189,1; 289 y 322 C., hay por un lado hay personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y por el otro, hay personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado,

empresas del Estado, o “empresas públicas”. Estas últimas personas jurídicas surgen como consecuencia de la descentralización funcional, la cual conforme al artículo 29 LOAP da origen a entes de dos tipos:

1. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la presente Ley, y serán de dos tipos:

a. Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales: serán aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.

b. Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales: serán aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.

2. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

De lo anterior resulta, en todo caso, como ya se señaló, que la expresión genérica de “Estado” comprende a todas las personas jurídicas que en el orden interno y en la organización política del Estado federal se consideran como parte del mismo, conforme a los tres niveles de distribución territorial del poder público: nacional, estatal y municipal. Entre los órganos de esas personas jurídicas estatales están, precisamente, los que conforman la Administración Pública.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO COMPLEJO ORGÁNICO Y LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER PÚBLICO

Pero por supuesto, no todos los órganos de las personas estatales integran la Administración Pública. La conformación de los órganos que la componen en esos casos está condicionada, a la vez, por el sistema de la división horizontal del poder público que se ha establecido en la Constitución, el cual puede considerarse que ha avanzado respecto de lo que son las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada complejo orgánico de las personas jurídicas estatales político territoriales: nacional, estatal y municipal, el poder público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar.

A. LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

En el nivel nacional, como se ha analizado en la *Introducción General*, se distinguen cinco ramas del poder público: el poder legislativo nacional, el poder ejecutivo nacional, el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados.

La Administración Pública nacional central, como complejo orgánico, se encuentra ubicada en principio en el “Ejecutivo nacional”, que conforma los órganos estatales que ejercen el poder ejecutivo nacional. Pero no sólo la Administración Pública nacional está conformada por los órganos que ejercen el poder ejecutivo, pues a nivel nacional a partir de la Constitución de 1961 encontraron encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que se configuraban también como parte de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependían del Ejecutivo nacional ni estaban subordinados a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial). Se trataba de órganos constitucionales con autonomía funcional, que también eran órganos de la República como persona político territorial nacional, y que eran: el Ministerio Público, denominado igualmente Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, estos eran órganos que formaban parte de la Administración Pública nacional regulados por el derecho administrativo, aun cuando no formaran parte del Ejecutivo nacional ni de la Administración Pública central, ni tuvieran personalidad jurídica propia.

Esta tendencia se ha consolidado en la Constitución de 1999, al establecerse la ya mencionada penta división del poder público, agregándose a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el poder ciudadano y el poder electoral (art. 136). Por ello, puede decirse que también conforman e integran la Administración Pública a nivel nacional, los órganos que ejercen el poder ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República o Ministerio Público, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo; así como los órganos que ejercen el poder electoral, como el Consejo Nacional Electoral. Igualmente, también puede considerarse que es órgano de la Administración Pública nacional la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia⁷. Todos esos órganos conforman la Administración Pública nacional, aun cuando, por supuesto, no la Administración Pública *central* cuyos órganos son los que ejercen el poder ejecutivo nacional.

7 Cfr. LAURA LOUZA SCOGNAMIGLIO “La Administración Pública en el poder judicial”, en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, cit., pp. 55 a 96.

B. LA DIVISIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ESTADALES Y MUNICIPALES Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTADAL Y MUNICIPAL

La separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en los niveles estadales y municipales⁸. En los estados de la Federación, en efecto, se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente el poder legislativo y el poder ejecutivo, conformados por los consejos legislativos de los estados y por sus gobernadores (arts. 160 y 162), por lo que la Administración Pública estatal está integrada, en principio, en las gobernaciones de estado. En los estados, además, hay que indicar que la Constitución ha previsto la existencia de unos órganos con autonomía orgánica y funcional (art. 163), que ejercen el poder estatal aun cuando la Constitución no los califique como tal poder, que son las contralorías estadales. Esos órganos de control, sin duda, también forman parte de la Administración Pública estatal, aunque por supuesto no forman parte de la Administración Pública *central* de los estados, la cual depende de las gobernaciones estadales.

Por último, en el nivel municipal, la Constitución también ha establecido un sistema de separación orgánica de poderes, distinguiéndose dos complejos orgánicos que ejercen los poderes legislativo y ejecutivo locales, conformados, respectivamente, por los concejos municipales, como órganos colegiados que ejercen la función legislativa a nivel local; y los alcaldes, a quienes corresponden las actividades de gobierno y administración municipal (arts. 174 y 175). A nivel municipal, por tanto, la Administración Pública *central* como complejo orgánico depende de los alcaldes. Pero debe indicarse que también en el nivel de los municipios la Constitución establece las contralorías municipales, como órganos de control, vigilancia y fiscalización, que por ello gozan de autonomía funcional (art. 176). Esos órganos de control también forman parte de la Administración Pública municipal, aun cuando, por supuesto, no forman parte de la Administración Pública *central* de los municipios, la cual depende de las alcaldías.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que conforme a los principios de la distribución vertical y de la división horizontal del poder público, en el sistema constitucional venezolano, la Administración Pública está conformada por el complejo de órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles territoriales (nacional, estatal y municipal), así

8 Cfr. ALFREDO ARISMENDI A., "Organización política administrativa de los estados en Venezuela", en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, t. 1, cit., pp. 351 a 384; e id., "Régimen constitucional y administrativo de los estados y municipios en Venezuela", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, t. 1, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 293 a 312.

como por los órganos que en el nivel nacional ejercen el poder ciudadano, el poder electoral y el poder judicial, en este último caso en lo que se refiere al gobierno y administración del mismo; y en los niveles estatales y municipales, por los que conforman sus contralorías.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Pero hemos dicho, el término “Administración Pública” también tiene un sentido material, como actividad, en particular, como actividad administrativa, para cuya determinación y comprensión resulta necesario precisar dicho concepto; con miras a ello preponemos partir de la siguiente definición: la actividad administrativa es toda actividad desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan.

De esta propuesta de definición, por supuesto, resulta indispensable precisar su contenido, particularmente en relación con las seis nociones básicas que hemos utilizado para conformarla, que son: la Administración Pública, la competencia, el carácter sublegal de la actividad, las funciones del Estado, los cometidos estatales y la responsabilidad. El primer concepto ya se ha analizado al considerar a la Administración Pública como complejo orgánico, por lo que a continuación se analizarán los otros.

I. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REALIZADA POR ÓRGANOS COMPETENTES CONFORME AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La actividad administrativa, hemos dicho, no sólo se ejerce por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, sino que también sólo puede ser tal la que se realice por los órganos competentes (*Tercera parte*, § 10), ciñéndose a lo que se establece en la Constitución y en las leyes, es decir, al principio de la legalidad y conforme al procedimiento administrativo establecido⁹. Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes,

9 Cfr. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *Gaceta Oficial* n.º 2.818, extraordinario, del 1.º de julio de 1981. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 12.ª ed., Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005, pp. 175 y ss.; íd., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985;

o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, en definitiva, lo que constituyen son vías de hecho.

Este principio de legalidad que rige no sólo para la Administración Pública sino para todos los órganos del Estado tiene su fundamento en el artículo 137 C., que dispone:

La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Esta norma recoge el principio que estaba en el artículo 117 C. de 1961, pero con una nueva redacción en la cual no se habla de “atribuciones del poder público”, lo cual era impropio ya que el poder público es una potestad constitucional y no un órgano, sino de “las atribuciones de *los órganos que ejercen el poder público*”, cuyas actividades son las que deben sujetarse a la Constitución y a las leyes.

El principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho¹⁰, como ya se ha analizado (*Introducción general*, III), por tanto, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el poder público, y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes. La consecuencia de ello, en un Estado de derecho como el que organiza la Constitución de 1999, es que todas las actividades contrarias al derecho están sometidas al control tanto de la jurisdicción constitucional (art. 334) como de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), cuyos tribunales pueden anularlos.

En relación con la Administración Pública, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio vinculándolo a la competencia, para lo cual, además, precisa la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, así:

Artículo 4.º La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

íd., *Principios del procedimiento administrativo*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (prólogo), Madrid, Edit. Civitas, 1990; íd., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Universidad del Rosario y Edit. Legis, 2003.

10 Cfr. ANTONIO MOLES CAUBET, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974.

Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho: 1. La Constitución; 2. Las leyes, y 3. Los actos administrativos normativos, como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

El principio de la legalidad, además, se erige en la Constitución como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndose como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del poder ciudadano el velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (art. 274).

Adicionalmente, el artículo 8.º LOAP recoge la previsión del artículo 7.º C., al precisar que “todos los funcionarios de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución”. Toda autoridad, por tanto, deriva y debe ejecutarse conforme a la Constitución.

La consecuencia de lo anterior es que los órganos de la Administración Pública, para desarrollar las actividades administrativas, tienen que tener competencia para ello, la cual por sobre todo requiere de texto expreso, siendo además de obligatorio cumplimiento y debiendo ser ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente¹¹. Además, la competencia, tal como lo precisa el artículo 26 LOAP, es irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Por tanto, toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se deben tener por inexistentes (art. 26). Se recoge así el principio establecido en el artículo 138 C., conforme al cual “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

En la realización de las actividades administrativas, por tanto, no puede haber competencias que no estén reguladas expresamente en la Constitución o en la ley¹², de manera que el principio general es que la competencia de todos

11 Por ello, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa precisó, en sentencia del 28 de enero de 1964, que la competencia “debe emerger del texto expreso de una regla de derecho, ya sea de la Constitución, la ley, el reglamento o la ordenanza”, *Gaceta Oficial* n.º 27.367 del 13 de febrero de 1964, pp. 203 a 359. Cfr. además, BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen de la organización administrativa venezolana*, cit., pp. 47 y ss.

12 La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha insistido en la necesidad de que la competencia resulte de texto expreso, y si bien ha admitido la posibilidad de ejercicio de competencias con base

los órganos del Estado para la realización de sus actividades tiene que derivar de texto constitucional o legal expreso; y en lo que se refiere a la actividad administrativa, la misma básicamente puede y está en la ley, pues dicha actividad siempre es de carácter sublegal.

2. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTIVIDAD DE CARÁCTER SUBLEGAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

En efecto, desde el punto de vista formal, conforme al principio de la formación del derecho por grados, que como antes se ha analizado (*Introducción general*, II), es uno de sus principios fundamentales que adopta la Constitución de 1999, todas las actuaciones del Estado derivan de la ejecución de la Constitución como norma suprema, en forma escalonada y sucesiva, configurándose entonces dos tipos de actividades estatales: aquéllas que derivan de la ejecución directa e inmediata de la Constitución, y aquellas que son de ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Así, partiendo de la consideración de la Constitución como norma suprema y como fundamento del ordenamiento jurídico, como lo declara el artículo 7.º, hay actividades que realizan determinados órganos del Estado en cumplimiento de atribuciones establecidas directa y exclusivamente en la Constitución, sin que exista o pueda existir otro acto estatal de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes, que las regulen y que se interpongan entre la Constitución y la actividad. Por ejemplo, la actividad legislativa o la actividad de gobierno. Además, hay otras actividades de los órganos del Estado que se realizan en cumplimiento de atribuciones establecidas no sólo en la Constitución sino también en las leyes, en las que, por principio, existe o puede y debe existir un cuerpo legislativo que las regule. Verbigracia, la actividad judicial y, precisamente, la actividad administrativa.

en el “principio del paralelismo de las competencias” o de “las competencias implícitas”, ello ha sido con la limitación expresa de que en ejercicio de las mismas no se pueden afectar derechos subjetivos e intereses de los administrados. Cfr. el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el “paralelismo de las competencias” en sentencia 2612 del 11 de diciembre de 2001, caso Impugnación de la Constitución del Estado Portuguesa (consultada en original), y el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre las “potestades implícitas o inherentes”, sentencia 87 del 11 de febrero de 2004, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 190.

Las primeras, es decir, las actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el Texto Fundamental, no teniendo competencia el legislador para regularlas mediante leyes; las segundas, en cambio, son actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidas al Texto Fundamental (como toda actividad estatal), están sometidas a las regulaciones establecidas, además de en la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

Las primeras por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Carta, sólo están sometidas al control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (arts. 334 y 336.2 y 4); las segundas, en cambio, están sometidas al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponde a las otras jurisdicciones del poder judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la casación en lo que concierne a la actividad judicial, como a la jurisdicción contencioso administrativa y a la jurisdicción contencioso electoral (arts. 259 y 297) cuando se trata de actividades administrativas.

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y, por ende, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; precisamente por ello se dice que esencialmente son de carácter sublegal, aun cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto. El elemento de distinción no es que se haya dictado una ley o no que regule la actividad, sino que no cabe dictarla cuando se trata de actos que ejecutan directamente la Constitución, que por ello, precisamente, no pueden estar condicionados por una norma de rango legal. Por ello, como se ha analizado en la *Introducción general*, no se puede confundir el principio de que hay “normas constitucionales de aplicación directa e inmediata”, como, por ejemplo, aquellas que atribuyen competencia a los órganos del Estado y aquellas que declaran derechos y garantías constitucionales, con el principio de “los actos que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución”¹³.

13 Por ello es que hemos dicho que, lamentablemente, este principio fundamental del constitucionalismo venezolano fue violentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para justificar su competencia exclusiva para controlar la actividad administrativa desarrollada por el Consejo Supremo Electoral, en lo que se refiere a los actos administrativos dictados en relación con el proceso de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, realizado durante el año 2004, impidiendo así a la Sala Electoral ejercer sus competencias constitucionales de control de dicha actividad. Cfr. la sen-

En consecuencia, como se ha dicho, toda actividad administrativa es una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Estas actividades, conforme a lo anteriormente expuesto, por tanto, desde el punto de vista formal como orgánico, pueden distinguirse de las otras actividades legislativas, de gobierno y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (arts. 187.1 y 203), y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203 y 236.8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley; y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

Los actos de gobierno, por su parte, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, y de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 236.3, 9, 19 y 21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica,

tencia de avocamiento 566 del 12 de abril de 2004, caso Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral, con motivo de la impugnación de la Resolución 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dicho órgano informó sobre resultados preliminares de la verificación de las solicitudes y firmas en el procedimiento revocatorio iniciado en relación con el Presidente de la República, y de un instructivo del mismo Consejo Nacional Electoral sobre el tratamiento por el comité técnico superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 228 y ss. Cfr. los comentarios en ALLAN R. BREWER-CARIAS, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho (El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, Caracas, Ediciones Libros El Nacional, 2004.

pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales y, más propiamente, las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley, e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo, y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o políticas; y los actos de gobierno, pueden, en cambio, tener contenido normativo.

Pero en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, en cambio, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el poder público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios dado el carácter heterogéneo de los mismos: se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado; se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas e, incluso, los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal,

es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución¹⁴.

La actividad administrativa, en todo caso, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, está, por sobre todo, sometida al derecho y es controlable jurisdiccionalmente. En efecto, conforme al sistema establecido en la Constitución todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad y del Estado de derecho.

En Venezuela, como se ha analizado (*Introducción general*, XIII), el sistema jurídico es de carácter universal y cerrado en materia de control jurisdiccional, en el sentido de que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos. Así, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley y los actos de gobierno, están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la jurisdicción constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁵. En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, estos están sometidos al control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa y de la jurisdicción contencioso electoral, que corresponde a las salas Político Administrativa y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y a los otros tribunales que las conforman¹⁶.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza sobre *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales e, incluso, de entidades privadas.

14 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El problema de la definición del acto administrativo", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 25 a 78.

15 Cfr. *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, cit.; *id.*, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, cit.; *id.*, "La justicia constitucional en la nueva Constitución", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1, Caracas, Edit. Sherwood, 1999, pp. 35 a 44; e *id.*, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 75 y ss.

16 *Id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, cit.; *id.*, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, cit., pp. 127 y ss.

3. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Ahora bien, como también se ha analizado anteriormente (*Introducción general*, VII), las actividades del Estado se realizan en cumplimiento de determinadas funciones que le son esenciales y le dan, incluso, razón de ser¹⁷. En particular, los órganos que conforman la Administración Pública, por esencia, ejercen la función administrativa, que es una de las funciones del Estado, con vistas a gestionar el interés general que se le ha encomendado, entrando en relaciones jurídicas con los administrados y otros sujetos de derecho. Pero ello no significa que los órganos que conforman la Administración Pública sólo ejerzan esta función estatal, ni que los demás órganos de las personas jurídicas estatales que no se integran en la Administración Pública no puedan ejercer dicha función administrativa. Es decir, el ejercicio de la función administrativa no constituye un monopolio de la Administración Pública, ya que se ejerce por todos los órganos estatales. De ello resulta, por supuesto, que la separación de poderes no coincide con una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales de las personas estatales, que le dan razón de ser al Estado mismo y que no pueden ejercerse sino en ejercicio de la potestad constitucional que se identifica con el poder público. Como ya se ha indicado, esas funciones se pueden clasificar en cinco: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función normativa; la conducción política de la sociedad, que es la función política; la solución de conflictos sobre derechos e intereses entre partes, que es la función jurisdiccional; el control de las propias actividades administrativas y de las actividades particulares reguladas por el Estado, que es la función de control; y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho o por otros sujetos de derecho autorizados por el Estado, que se relacionan con los administrados, que es la función administrativa.

Todas estas cinco funciones estatales se ejercen, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, por todos los cinco grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el poder público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal, o si se quiere, de alguno de los cinco “poderes públicos”.

17 Cfr. *id.*, *Derecho administrativo*, t. I, cit., pp. 373 y ss.

Así, la Asamblea Nacional, los consejos legislativos estatales y los concejos municipales ejercen como función propia la función normativa, que en este caso se configura como “función legislativa” (función normativa ejercida por el legislador); pero ello ni es exclusivo de los órganos legislativos ni es excluyente: primero, porque la función normativa también se ejerce por los órganos ejecutivos, judiciales, de control (poder ciudadano) y electoral cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque la propia Asamblea Nacional ejerce además funciones administrativas y políticas cuando, por ejemplo, administra su personal o su presupuesto, o se reserva un sector de la economía, respectivamente.

Por su parte, en el nivel nacional, por ejemplo, los órganos del Ejecutivo nacional ejercen la función política y, en general, la Administración Pública central ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo de dichos órganos ni excluyente: primero, en cuanto a la función administrativa, porque ésta también es función propia de los órganos que ejercen el poder ciudadano (Fiscalía General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo) y el poder electoral; y además, se ejerce también por la Asamblea Nacional, como se ha dicho, y aun mediante leyes concretas; y por el Tribunal Supremo de Justicia, su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los tribunales cuando, por ejemplo, administran su personal y su presupuesto. Segundo, porque los propios órganos de la Administración Pública central ejercen la función jurisdiccional, verbigracia, cuando se trata de procedimientos administrativos en los cuales intervienen administrados con posiciones encontradas, o en caso de autorizaciones administrativas en las cuales se deban resolver conflictos entre partes interesadas, o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos. Tercero, además, porque todos los órganos de la Administración Pública ejercen funciones normativas, al desarrollar la potestad reglamentaria.

El Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales tienen como función propia ejercer la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo de los órganos del poder judicial ni excluyente: primero, porque, como se dijo, la función jurisdiccional también la ejercen los órganos de la Administración Pública nacional central; y segundo, porque también, como se dijo, el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los propios tribunales ejercen funciones normativas y administrativas cuando dictan cuerpos reglamentarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por último, los órganos del poder ciudadano, es decir, la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, ejercen como función propia la función de control; pero ello ni es exclusivo de

los órganos de control ni es excluyente: primero, porque la función de control también se ejerce, esencialmente, por los órganos legislativos (control parlamentario), ejecutivos (control administrativo y financiero) y judiciales (control judicial); y segundo, porque los propios órganos del poder ciudadano ejercen además funciones normativas y administrativas, integrando sus órganos a la Administración Pública del Estado.

Por tanto, en Venezuela, la división o separación de poderes no coincide con una pretendida separación de funciones, y al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales en ejercicio de todos los poderes del Estado. En esta forma, el derecho administrativo no sólo regula a la Administración Pública como complejo orgánico, y, por supuesto, al ejercicio de todas las funciones del Estado (particularmente la función normativa y jurisdiccional) por dichos órganos; sino que también regula el ejercicio de la función administrativa, cuando se realiza por los órganos que ejercen el poder legislativo, el poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral, y el ejercicio de la función normativa y de control, de rango sublegal por dichos órganos.

4. LA FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, SUS FORMAS Y LAS RELACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS

La Constitución de 1999 en forma expresa establece que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que reitera el artículo 3.º LOAP, sustituyendo, sin embargo, la expresión “ciudadanos” por “particulares”, y agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5.º); pues, en definitiva, en el “Estado Social y de Justicia, la Administración está forzada a tener en cuenta los valores materiales primarios que reclama la sociedad, de lo contrario, su poder o autoridad se torna ilegítima y materialmente injusta”¹⁸.

Sobre la interpretación del artículo 141 C., la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 16 de marzo de 2000, ha precisado que el mismo:

[Debe] ser interpretado como lo ha hecho en el derecho comparado el catedrático Jesús González Pérez, para quien interpretando la Constitución española, “La idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una

18 Cfr. lo expuesto por la Sala Político Administrativa en sentencia 1885 del 5 de octubre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 105.

función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos. La Administración pública –dice el art. 103.1 de la Constitución– sirve con objetividad los intereses generales. Lo que constituye un mandato para todos y cada uno de los que realizan una actividad administrativa. Consecuentemente, los programas de Ética Pública se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de imbuir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad. Y los conflictos –y las medidas para prevenirlos y darles solución adecuada– constituyen uno de los temas generales de los congresos sobre Ética pública¹⁹.

Por su parte, el artículo 3.º LOAP señala que el “principal objetivo” de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 C., “garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.

La Administración Pública, agrega el artículo 5.º LOAP, debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; además, debe tener entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

La actividad administrativa, por tanto, por esencia, incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos clave del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su regulación,

19 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 196.

actualización, limitación y protección concretas y, con ello, la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales²⁰; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política de estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente²¹; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución²².

De esta manera, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

20 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa", *Revista de Derecho Público*, n.º 48, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 51 a 66.

21 Cfr. id., "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 65 a 71; id., "El régimen constitucional de los servicios públicos", en *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión) VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, 2002, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2003, pp. 19 a 49; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 47 a 75.

22 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la Administración Pública*, cit., pp. 253 y ss.

5. LA CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: LA RESPONSABILIDAD

La actividad administrativa, como resultado del ejercicio de competencias de los órganos de la Administración Pública legalmente establecidas en forma expresa y cuyo cumplimiento es generalmente de carácter obligatorio, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto en el ejercicio lícito de sus poderes como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado o de su Administración Pública (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos.

Como ya se ha analizado (*Introducción general*, XII), uno de los principios fundamentales que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el poder público y, por supuesto, para los que conforman la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 C., que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los titulares de dichos órganos, es decir, de los funcionarios públicos en el ejercicio del poder público. Dispone dicha norma:

El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley.

Esta norma recoge el principio del artículo 121 C. de 1961, pero agregando la “desviación de poder” dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario.

Pero, además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, como antes se ha dicho, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del poder público es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente las que resultan de la distribución vertical del poder público (República, estados y de municipios); por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones, así:

Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

III. EL OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que el derecho administrativo puede considerarse, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, y en este contexto se puede entender por Administración Pública, en *primer lugar*, desde el punto de vista orgánico, el conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; y en *segundo lugar*, desde el punto de vista material, el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado²³.

Esta definición elemental, que describe el objeto del derecho administrativo tal como se ha ido paulatinamente formando durante las centurias de su consolidación, precisa el contenido del derecho que es común y normal a la Administración y que se puede moldear en torno a los siguientes bloques de regulación:

En *primer lugar*, el régimen de la Administración Pública como complejo orgánico del Estado al cual está atribuido, en general, el ejercicio del poder ejecutivo como rama del poder público. En un Estado con forma federal como el venezolano, la Administración Pública tiene necesariamente que identificarse en plural, como las administraciones públicas nacional, estatal y municipal, de acuerdo a la distribución vertical del poder público.

El derecho administrativo regula, por tanto, la organización de esas administraciones públicas y, en particular, la personificación de las mismas como sujetos de derecho tanto de carácter público territoriales, conformando la llamada Administración central; como de carácter no territorial, sea de derecho público o de derecho privado, y que conforman la llamada Administración Pública descentralizada.

En *segundo lugar*, el derecho administrativo regula el funcionamiento de las referidas administraciones públicas, particularmente en lo que concierne a los recursos necesarios para hacerlas actuar. Así, es campo normal del derecho administrativo, el régimen del personal al servicio de las administraciones públicas, en especial, el régimen de los funcionarios o empleados públicos; el régimen de los bienes de los sujetos de derecho que personifican las administraciones públicas, sean del dominio público o del dominio privado de las mismas; y el régimen de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, el cual se ha ido imbricando paulatinamente con el derecho financiero y tributario.

23 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, "El concepto del derecho administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública*, vol. 1, n.º 101 y 102, Madrid, 1993, y en *Revista de Derecho Público*, n.º 16, cit., pp. 5 a 20. Publicado también en id., *Estudios de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 7 a 24.

En *tercer lugar*, también es campo propio del derecho administrativo el régimen del ejercicio de las funciones del Estado por parte de las administraciones públicas, es decir, de las funciones normativa, política, jurisdiccional y administrativa; así como el ejercicio de la función administrativa y de la función normativa de rango sublegal, por otros órganos del Estado distintos de las administraciones públicas, y por los particulares y sus organizaciones, a los cuales la ley se las haya atribuido.

En *cuarto lugar*, también es campo propio y normal del derecho administrativo el régimen de la actividad administrativa que resulta del ejercicio de las funciones estatales, en todas sus formas, en particular, el régimen de la policía administrativa, de los servicios públicos, del fomento y de la ordenación de las actividades particulares consideradas como de interés o utilidad general.

En *quinto lugar*, es también objeto propio y normal del derecho administrativo el régimen de la actividad administrativa en cuanto a su materialización en hechos y actos jurídicos, particularmente los actos administrativos y los contratos administrativos, y en cuanto a los procedimientos para su formación y ejecución.

En *sexto lugar*, el derecho administrativo también regula la responsabilidad del Estado, o más precisamente, de las personas jurídicas estatales originada por la actuación de sus órganos, así como la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por último, en *séptimo lugar*, es también campo propio y normal del derecho administrativo el régimen del control de las administraciones públicas, de sus funcionarios y de sus actividades, tanto de carácter administrativo como fiscal y, en particular, el régimen del control contencioso administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y de las propias personas estatales.

Ahora bien, tanto la Administración Pública, entendida como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, como la actividad administrativa, entendida como la que desarrollan los órganos competentes de aquellas o con autorización de las mismas, de carácter sublegal, en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan, precisamente, constituyen el objeto fundamental del derecho administrativo. Su régimen jurídico, por tanto, se refiere a todos los elementos destacados de ambos conceptos: la Administración Pública como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; la competencia de sus órganos; el ejercicio de la función administrativa por los órganos estatales; los cometidos estatales y la responsabilidad de los funcionarios y del Estado.

El derecho administrativo, configurado en torno a los elementos tanto de la definición orgánica de la Administración Pública como de su definición material como actividad administrativa, en consecuencia, tiene por objeto regular básicamente los aspectos formales, en lo que se refiere, por ejemplo, a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales; y los aspectos materiales, en relación con la regulación del cometido específico del Estado respecto de cuya consecución se realiza.

§ 2. *La constitucionalización
del derecho administrativo*

Si hay un signo distintivo de la Constitución de 1999, tal y como ha sucedido en otros países de América Latina, como en Colombia¹, es el de la constitucionalización del derecho administrativo; lo que confirma los cada vez más estrechos vínculos que existen entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, constituyendo la propia Constitución la principal fuente de este último.

Ambas ramas del derecho son, ante todo y a la vez, tanto derechos estatales como derechos reguladores de las personas. Es decir, son ordenamientos que tienen por objeto regular tanto la organización y actuación del Estado como el ejercicio de los derechos por las personas. Y en el mundo contemporáneo, ambas ramas del derecho responden a las mismas bases constitucionales del Estado como Estado social y democrático de derecho; terminología acuñada desde hace décadas por las constituciones europeas, y posteriormente recogida en varias constituciones latinoamericanas, como por ejemplo la colombiana de 1991 (art. 1.º), la de Ecuador de 1998 (art. 1.º) y la de Venezuela (art. 2.º).

Hemos dicho que además de ser un derecho de las personas, el derecho administrativo es un *derecho estatal*², en el sentido de que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial de la organización y de la actividad del mismo; particularmente a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares.

Pero, por supuesto, al regular al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los constantes cambios que se operan en el fenómeno social y político de cada sociedad; la cual, como lo ha dicho ALEJANDRO NIETO, “se expresa en un determinado derecho [pues] las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica”³. En otras palabras, “el derecho administrativo se asienta sobre bases que están en constante evo-

1 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “El proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 47 a 59; íd., “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Venezuela”, *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos*, 2000, Caracas, FUNEDA, 2000, pp. 21 a 37.

2 ANDRÉ DEMICHEL, *Le Droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, 1978, p. 14.

3 Cfr. ALEJANDRO NIETO “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1975, también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1983, pp. 880 y 881.

lución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado”⁴; por lo que puede decirse que el derecho administrativo sufre permanentemente de una “crisis de crecimiento”⁵, que se debe a los cambios que de manera constante le provocan las transformaciones económicas y sociales, que no cesan.

Esos cambios, por supuesto, en el mundo contemporáneo se reflejan cada vez con mayor fuerza en las propias constituciones, por lo que nuestro objetivo, en estas notas, es referirnos a las características más resaltantes del derecho administrativo venezolano, plasmadas precisamente en el texto constitucional de 1999, y determinar cómo están integradas en el panorama jurídico contemporáneo.

Siendo un derecho estatal, las características fundamentales del derecho administrativo constitucionalizado en Venezuela responden a lo que en el panorama jurídico contemporáneo constituyen los elementos fundamentales de nuestra disciplina: en *primer lugar*, el Estado de derecho y la legalidad; en *segundo lugar*, los condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado; y en *tercer lugar*, el equilibrio que tiene que existir entre las prerrogativas y poderes del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DE DERECHO

Puede entonces decirse que el derecho administrativo es, ante todo, el derecho del Estado de derecho (*rule of law*), al punto de que sin este no habría derecho administrativo. Como es bien sabido, además, nuestra disciplina puede decirse que nació efectivamente con el surgimiento del Estado de derecho⁶, producto de las revoluciones Francesa y Norteamericana⁷ del siglo XVIII, el cual se configuró en torno a cinco principios esenciales que lo condicionan, siempre vigentes: el constitucionalismo; la limitación y distribución del poder público; el principio de legalidad; el reconocimiento de los derechos y garantías ciudadanas, y el control judicial del imperio de la ley.

4 Cfr. MARTÍN BASSOLS, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57.

5 Cfr. PROSPER WEIL, *El derecho administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.

6 Cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA, “Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 7, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, también en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, cit., p. 222.

7 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001.

La Constitución venezolana de 1999, con toda su novedad, sin duda, sigue respondiendo a estos cinco principios clásicos del Estado de derecho, que son la base de nuestra disciplina.

I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La primera nota que condiciona el derecho administrativo es, por tanto, el constitucionalismo, es decir, la idea de la existencia de la Constitución como norma suprema. Debe recordarse que como todas las constituciones contemporáneas, y desde que el concepto de “Constitución” tal y como la entendemos en la actualidad fue inventado en las colonias independientes de Norteamérica a partir de 1776, la Constitución venezolana es un ejemplo de Constitución rígida, concebida como la “norma suprema” (art. 7.º). En consecuencia, el constitucionalismo es en realidad el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de manera que todos los órganos del Estado y todos los individuos están sujetos a la Constitución y tienen la obligación de respetarla y obedecerla (art. 7.º). Como tal, sus normas son directamente aplicables tanto a los órganos estatales como a los individuos y son fuente directa de derechos y obligaciones; en particular, aquellas normas que consagran los derechos humanos y sus garantías, y las que atribuyen competencia a los órganos del Estado.

Ese carácter de la Constitución de norma rígida y suprema, como se ha analizado (*Introducción general*, 1), hace que prevalezca sobre toda otra norma o acto estatal, debiendo, por tanto, ser aplicada con preferencia cuando exista incompatibilidad entre ella y otras normas. Así lo precisa el artículo 334 C., como poder exclusivo de los jueces, quienes están en la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución”.

2. LA LIMITACIÓN AL PODER PÚBLICO

La segunda nota esencial del Estado de derecho que condiciona el derecho administrativo es la limitación al poder público o del poder del Estado, mediante su separación, como garantía de la libertad. A tal efecto, desde los inicios del constitucionalismo moderno puede decirse que surgieron dos sistemas de distribución del poder público que se consagraron en todas las constituciones: un sistema de distribución vertical o territorial del poder y un sistema de división horizontal del poder. Por supuesto, dichos sistemas no son ni jamás han sido uniformes: han variado en su forma e intensidad según los condicionamientos históricos, políticos y sociales propios de cada país. En el caso de Venezuela, ambos sistemas, sin duda, se han aplicado históricamente y están consagrados

en la Constitución como producto de la realidad actual del país (*Introducción general*, IV y VI).

En *primer lugar*, la Constitución establece un sistema de distribución vertical o territorial del poder público, como consecuencia de la forma federal del Estado, el cual se califica como “descentralizado” (art. 4.º), compuesto por tres niveles de entidades territoriales autónomas: los municipios, los estados y la República (además del distrito capital y las dependencias federales) (art. 16). Estas entidades descentralizadas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses propios dentro de los límites de la Constitución, con derecho a ser gobernadas por autoridades propias, elegidas por votación popular, las cuales ejercen las competencias que constitucionalmente les corresponden, legislando sobre las mismas; y administran sus propios recursos y establecen los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (arts. 16, 159 y 168).

La nueva Constitución, sin embargo, establece una grave limitación a la autonomía de los estados, al remitir a una ley nacional la regulación del régimen de la organización y el funcionamiento de los consejos legislativos de los estados (art. 162), que son los que ejercen el poder legislativo estatal; y una aun más grave limitación a la autonomía municipal al circunscribirla no sólo a los límites impuestos por la Constitución, sino a los que pueda establecer la ley (art. 168), lo que es una negación a la misma, al carecer de garantía constitucional.

En *segundo lugar*, en la Constitución de 1999 se establece una división horizontal o un sistema de separación orgánica de poderes, que origina órganos independientes y autónomos entre sí que ejercen las diversas ramas del poder público: legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral. El sistema, por supuesto, nada tiene que ver con la exageración del constitucionalismo inicial francés de la Revolución, de acuerdo con el cual se conformaron aquellos compartimientos estancos que tanto caracterizaron y condicionaron la evolución del derecho administrativo en Francia, y que no sólo dieron origen a la justicia administrativa separada del poder o rama judicial, sino que provocaron el tardío establecimiento de un completo sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Nada más lejos de esa concepción que la que siempre se ha adoptado en Venezuela y que se refleja en la Constitución de 1999, en la cual, desde 1961, se ha constitucionalizado la jurisdicción contencioso administrativa pero formando parte de la rama judicial (art. 259) del poder público, y en la cual la jurisdicción constitucional se ha atribuido al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional (art. 266.1). Dicho sistema, por supuesto, nada tiene que ver, salvo por aproximaciones semánticas, con el sistema de dualidad jurisdiccional estilo francés, donde la jurisdicción contencioso administrativa no forma parte de la rama judicial.

Pero en particular, en cuanto a la división del poder público, la Constitución adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del poder público nacional, en cinco poderes, agregando a los tradicionales poderes legislativo, ejecutivo y judicial, dos nuevos, los poderes ciudadano y electoral. Esta penta división o separación horizontal orgánica del poder público (art. 136), por supuesto, no es rígida, como no lo es hoy en ninguna parte del mundo. No sólo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 136), sino que el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada uno no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes estatales. Así, por ejemplo, la función jurisdiccional la pueden ejercer, además de los órganos de la rama judicial, las autoridades administrativas, como sucede normalmente en todos los países contemporáneos, no sólo de nuestra familia de derechos, sino del *common law*⁸. La función administrativa también se ejerce por las diversas ramas del poder, al igual que la función normativa. Hay, en todo caso, funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en éstas no puede haber interferencia, pues habría usurpación de funciones. De allí que conforme al artículo 138 C. “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

Además, formalmente, como se ha dicho y como sucede hoy en la mayoría de los países, la otrora clásica división del poder en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial se rompió en el constitucionalismo del siglo XX, de manera que, en general, el poder público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que en el caso de Venezuela ahora han sido erigidos en ramas formales del poder público. Es el caso del poder ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (art. 273), como la Contraloría General de la República (art. 267), el Ministerio Público (art. 284) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y del poder electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (art. 293). En la nueva Constitución, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose ahora las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (art. 267).

Es de destacar, en todo caso, que la clave de funcionamiento de un sistema de separación orgánica de poderes es la autonomía e independencia entre los pode-

8 Cfr. las muy completas referencias al sistema de *administrative tribunals* y de órganos administrativos con funciones cuasi jurisdiccionales, en Inglaterra y en Estados Unidos, en JORGE VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, Bogotá, 1994, pp. 113 y ss.

res, características que en la Constitución de 1999 resultan seriamente afectadas, entre otras, por las siguientes regulaciones: el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para decretar la destitución del presidente de la República (art. 233); el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional (arts. 236.21 y 240), y la Asamblea Nacional puede remover a los magistrados del Tribunal Supremo (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo (art. 279) y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296). La independencia de los poderes, con estas regulaciones, no tiene garantía constitucional alguna.

Por supuesto, para el derecho administrativo en este contexto de la separación orgánica de poderes, tiene una particular importancia tanto el ordenamiento de la rama ejecutiva el poder público como el tratamiento dado a la Administración Pública en la Constitución, y que también comprende a los órganos de los poderes ciudadano y electoral, por ejemplo. Puede decirse que en esta materia todos los principios necesarios han sido constitucionalizados, relativos a la organización administrativa (arts. 236.20) y a la Administración descentralizada funcionalmente (arts. 142 y 300); a la actuación administrativa (art. 141); a la función pública (arts. 145 a 149) y su responsabilidad (art. 139); a los bienes públicos (arts. 12, 181 y 304); a la información administrativa (art. 143); a la contratación administrativa (arts. 150 y 151); a la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140), y al régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (art. 62) como político (art. 66), fiscal (art. 287) y de gestión (art. 315).

3. LA SUMISIÓN A LA LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

La tercera de las notas clásicas del Estado de derecho que condiciona el derecho administrativo, la cual, incluso, justifica su denominación, es la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada ésta tanto por la norma suprema que es la Constitución (art. 7.º) como por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico y que se aplican a los diversos órganos del Estado, conforme al clásico principio de la formación del derecho por grados, principios que también han sido analizados (*Introducción general*, II).

En tal sentido, el artículo 137 recoge la clásica fórmula de nuestro constitucionalismo, al establecer que “la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”; y en cuanto al principio de la formación del derecho por grados, éste tiene su fundamento en la propia Constitución, al distinguir

aquellos actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, cuyo control de constitucionalidad corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional (art. 336), de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, entre los cuales están los actos administrativos sometidos al control tanto de legalidad como de constitucionalidad por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y de la jurisdicción contencioso electoral (art. 297). El derecho administrativo, así, es un derecho que si bien se ha constitucionalizado, esencialmente regula actividades del Estado dictadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, y sometidas a la ley.

4. LA DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS

El cuarto de los principios tradicionales condicionantes del derecho administrativo es la declaración constitucional de los derechos y garantías, que ha sido y es el signo común de todos los Estados contemporáneos, tal como se ha analizado (*Introducción general*, XI). Por ello hemos dicho que el derecho administrativo, además de ser un derecho estatal, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos de las personas.

Ahora bien, en esta materia, la Constitución de 1999 se ha incorporado a las corrientes actuales del constitucionalismo universal, al establecer una amplísima declaración de derechos y garantías constitucionales, que sigue la línea de constituciones recientes, como las de Brasil y Colombia.

Lo primero que debe destacarse en esta materia es que, conforme al artículo 2.º C., se declara como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado, incluyendo por supuesto el derecho administrativo, y de su actuación, “la preeminencia de los derechos humanos”, y conforme al artículo 3.º, se indica entre los fines esenciales del Estado “la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”, recogándose, además, el principio tradicional del constitucionalismo de que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (art. 22).

En la Constitución de 1999, además, no sólo se ha establecido el principio de la progresividad en la interpretación de los derechos (art. 19), y la obligación de

los órganos del poder público, incluida por supuesto, la Administración Pública, de respetar y garantizar los derechos humanos conforme a la Constitución, a los tratados sobre derechos humanos y a las leyes que los desarrollen (art. 19); sino que además se le ha dado rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales se declara que prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes (art. 23).

Las normas de la Constitución, en todo caso, en relación con los principios relativos a los derechos humanos conducen a que, en última instancia, estos tienen el alcance que conforme a las normas constitucionales los jueces precisen, lo que no implica novedad alguna. Basta recordar, por ejemplo, la situación en el Reino Unido, donde no hay Constitución pero, por supuesto, rige el principio de la *rule of law*. Como señalaba DICEY hace más de un siglo, cuando contrastaba el derecho administrativo de Europa continental con la Constitución inglesa: en el Continente, decía, “los derechos individuales resultan, o aparentan resultar de los principios generales de la Constitución”, en tanto que en Inglaterra,

Los principios generales de la Constitución (como por ejemplo la libertad personal, el derecho de reunión pública) son el resultado de decisiones judiciales en casos concretos llevados ante los tribunales, determinantes de los derechos individuales de las personas.

De allí concluía:

Las normas que en los países extranjeros forman parte de un Código Constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos y aplicados por los jueces⁹.

Por tanto, los jueces tienen el poder-deber de aplicar la Constitución y asegurar su integridad (art. 334) particularmente en materia de derechos humanos (art. 19). Los jueces nunca han sido meros autómatas o entes pasivos, ni, como decía MONTESQUIEU, “nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, incapaces de moderar su fuerza y vigor”¹⁰. Al contrario, los jueces siempre han sido los intérpretes de la Constitución, siempre sometidos a la misma y a la ley, y a sus principios y valores.

9 A. V. DICEY. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, E. C. S. WADE (introd.), London, 1973, pp. 195, 196 y 203.

10 Cfr. la referencia en H. MCLWAIN, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale, 1910, p. 323.

5. LAS GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Y EL CONTROL JUDICIAL

En *quinto lugar*, la Constitución venezolana, conforme a la orientación del derecho contemporáneo, también establece todo un sistema de garantías de la misma y de los derechos constitucionales, entre los cuales se destaca un completo sistema de control judicial de las actuaciones del Estado.

En efecto, como se ha indicado en la *Introducción general*, en cuanto a las garantías constitucionales de los derechos y de la Constitución, ésta, además de establecer la reserva legal como principio general y precisar la responsabilidad de los funcionarios públicos por violaciones constitucionales (art. 25), consagra, adicionalmente a la acción de amparo para la protección de los derechos fundamentales (art. 27), todo un completísimo sistema de control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tanto antes como después de su sanción y publicación (arts. 333 y ss.), que ha sido, históricamente, junto con el sistema colombiano, uno de los grandes aportes de nuestros países al derecho constitucional comparado¹¹. Ello ha conducido a la creación, incluso, de la jurisdicción constitucional atribuida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336).

Por otra parte, en cuanto a las garantías, debe destacarse que, como garantía fundamental de los derechos, el artículo 337 C., al regular los casos de estados de excepción, establece la prohibición de la restricción de los derechos a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás “derechos humanos intangibles” que son los regulados en tal forma en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al amparo, éste se regula como un derecho ciudadano (art. 27) a la supremacía constitucional y a sus derechos¹², que se manifiesta en múltiples acciones, incluyendo la acción de amparo (art. 28), la acción de *habeas corpus* (art. 27) y el *habeas data* (art. 28).

Se ratifica así, en la Constitución, la institución del amparo, con lo cual se ratifica uno de los clásicos principios del constitucionalismo. Recuérdese, por

11 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)”, en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 770 y ss.; e *íd.*, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

12 Cfr. *íd.*, “El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa”, en MANUEL JOSÉ CEPEDA (ed.). *La carta de derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá, 1993, pp. 25 y ss.

ejemplo, que los jueces angloamericanos, a pesar de que no existe una “acción de amparo”, cotidianamente amparan o tutelan los derechos constitucionales mediante los viejos y ordinarios *wrights*, como el *injunction* o el *mandamus*, al igual que los jueces franceses con los *referés*¹³, con tanta o más efectividad que nuestro amparo, y en ello no hay nada extraordinario. Lo importante es que los jueces cumplan con su deber, pues más importante que las leyes es que sean justamente administradas. Como lo decía Lord DENNING:

Nada se logra teniendo leyes justas si las mismas son administradas injustamente, por malos jueces o por abogados corruptos. Un país no puede tolerar, por mucho tiempo, un sistema legal que no asegure juicios justos¹⁴.

Pero además de las anteriores garantías judiciales, en particular en relación con las actuaciones de la Administración Pública, la Constitución de 1999, siguiendo el modelo de la de 1961 (art. 206), constitucionalizó la jurisdicción contencioso administrativa, cuyos órganos (Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley) son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (art. 259). En esta forma, además, el acto administrativo es una noción constitucional en Venezuela.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

Pero hemos dicho que el derecho administrativo no sólo es el derecho de un clásico Estado de derecho, caracterizado conforme a los principios y notas antes analizados, sino que también es el derecho de un Estado democrático y social, lo que, por supuesto, como principio fundamental, también condiciona la actuación de la Administración Pública, tal como se ha analizado (*Introducción general*, X).

13 Cfr. *ibíd.*, p. 28; VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, cit., pp. 93 y ss. y 321 y ss.

14 Cfr. la referencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS “La Constitución de 1961 y los problemas del Estado democrático y social de derecho”, *Reflexiones sobre la Constitución (Tres décadas de vigencia)*, Caracas, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, p. 34.

Ello deriva del artículo 2.º que precisa los valores del Estado democrático y social de derecho y de justicia, entre los cuales está “la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo”, los cuales tienen que condicionar todo el derecho estatal, incluyendo el derecho administrativo¹⁵.

Esos valores, además, se complementan con la declaración del artículo 3.º C. que señala:

Son fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respecto de su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

Todos estos fines configuran, como un valor esencial del pacto político, el Estado social que encuentra su concreción individual en la riquísima cláusula igualitaria del artículo 21 C., conforme a la cual “todas las personas son iguales ante la ley”, estableciendo, entre otros aspectos, la prohibición de “discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de la persona” (ord. 1.º).

Pero el Estado social, sin duda, no sólo es fuente de derechos de las personas, sino ante todo fuente de deberes y obligaciones para el Estado. Por ello, materialmente, al enumerarse los derechos sociales, económicos y culturales a partir del artículo 75 C., en cada uno de los artículos se impone una obligación al Estado de proteger, apoyar, asistir, organizar, dirigir, fomentar, garantizar, promover, regular, ejercer, fortalecer, facilitar e incentivar diversas acciones, actividades o prestaciones de orden social. Los servicios públicos, como actividades prestacionales impuestas al Estado encuentran, en estas normas, su fundamento jurídico esencial.

En dichas normas, en efecto, está la fuente esencial de la normativa que conforma el derecho administrativo, que no sólo es un derecho formal relativo a los actos, contratos y recursos administrativos, sino un derecho material que regula las actuaciones del Estado y sus relaciones con los administrados. En esa normativa, por supuesto, la orientación constitucional es fundamental en

15 Cfr. PELAYO DE PEDRO ROBLES, “Los valores superiores en el marco de la Constitución de 1999”, en *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. 1, cit., pp. 433 a 444.

cuanto a la finalidad del Estado. No se olvide que lo que caracteriza al derecho administrativo en el panorama jurídico contemporáneo es que regula instituciones de carácter público colocadas por encima de los intereses individuales, que asumen y gestionan intereses colectivos, superiores y generales, que no son, precisamente, la suma de intereses individuales¹⁶.

De acuerdo con esta normativa, en todo caso, el Estado social tiene un papel ordenador y conformador de la realidad económica y social que debe cumplir con vista a realizar una sociedad justa y solidaria, asumiendo, como se dijo, obligaciones prestacionales frente a los ciudadanos con el carácter de servicios públicos, y ordenando y regulando la realidad económica y social para el logro de sus fines. El Estado, además, constitucionalmente está autorizado a desarrollar actividades económicas mediante la constitución de empresas públicas (art. 300); y en todo caso, tiene constitucionalmente impuesta la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana, correspondiendo a la ley orgánica desarrollar los principios y criterios para este ordenamiento (art. 128)¹⁷.

Por otra parte, y en especial respecto de la economía, la Constitución prescribe directamente que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad; correspondiendo al Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promover el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (art. 299). A tal fin, la Constitución garantiza el derecho de todas las personas a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la propia Constitución y en las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social; y a la vez, prescribe que el Estado debe promover la

16 Cfr. NIETO, "La vocación del derecho administrativo", cit., p. 890.

17 Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, *Gaceta Oficial* n.º 3238, extra., del 11 de agosto de 1983.

iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país (art. 112).

Además, la Constitución impone al Estado la obligación de promover y proteger las asociaciones destinadas a mejorar la economía popular y alternativa, como las cooperativas, cajas de ahorro y mutuales (art. 118), así como también a la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva (art. 308).

El derecho administrativo, entonces, debe regular el ejercicio de la actuación del Estado en relación con la economía conforme a esos principios.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE PRERROGATIVAS Y PODERES ESTATALES Y DERECHOS E INTERESES INDIVIDUALES

Todo ese conjunto de normas que establecen los fines del Estado, sin duda, además de imponerle obligaciones de todo orden, incluyendo las prestacionales, le confieren poderes y prerrogativas para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales. Pero, por supuesto, éstos no desaparecen, pues también están y deben ser protegidos y garantizados. Por ello, el derecho administrativo, además de ser el derecho del Estado democrático y social de derecho y el derecho regulador del ejercicio de los derechos de las personas, es el derecho regulador del equilibrio necesario que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar. Como lo ha destacado la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 1028 del 9 de mayo de 2000:

El derecho administrativo se presenta dentro de un Estado social de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia). En este orden de ideas el derecho administrativo es ante y por sobre todo un derecho democrático y de la democracia, y su manifestación está íntimamente vinculada a la voluntad general (soberanía) de la cual emana. Así, García de Enterría sostiene que la posición del ciudadano no puede ser la de un simple destinatario de la acción administrativa, o un simple instrumento

del poder, él está en el origen mismo r del poder y en la manifestación constante que de ese poder se haga dentro de una sociedad¹⁸.

No debe olvidarse, por ello, que si algo ha caracterizado al derecho administrativo durante toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que a la vez lo muestra como un instrumento para garantizar la acción administrativa y como un instrumento del liberalismo; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y como un medio de protección del administrado frente a la Administración. Por eso, GARRIDO FALLA ha señalado, con razón, que el “derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal”¹⁹.

En definitiva, el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular, de manera que, como decía WALINE, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía²⁰.

La Constitución de Venezuela también está imbuida de esta tercera base constitucional, dando cabida a un conjunto de regulaciones para asegurar la relación Administración-administrado, sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos, regulando las normas de actuación de la Administración y protegiendo los derechos e intereses de las personas.

En este campo se destaca, ante todo, la norma que al regular a la Administración Pública declara que “está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141). Estos principios, que “por primera vez en la historia constitucional venezolana se elevan a principios de rango constitucional”²¹, se complementan con otros

18 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 214.

19 GARRIDO FALLA, “Sobre el derecho administrativo”, cit., p. 223.

20 MARCEL WALINE, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 4.

21 Cfr. Tribunal Supremo, Sala Electoral, sentencia 164 del 19 de diciembre de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 240.

contenidos en las normas referidas al Estado federal, que debe estructurarse conforme a “los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad” (art. 4.º).

Sin duda, todos estos principios de actuación del Estado constituyen garantías de los individuos ante el mismo, permitiendo la búsqueda de ese equilibrio entre el poder y el individuo que caracteriza todo el derecho administrativo.

Esas garantías de las personas, además, se concretan en otras normas constitucionales, como la que impone el debido proceso, no sólo en las actuaciones judiciales sino en los procedimientos administrativos (art. 49).

Por otra parte, en este régimen de relaciones entre la Administración y los administrados, la Constitución venezolana incorpora en su texto, imbuendo toda su normativa, el principio de participación. Así, al gobierno de la República se le define como “participativo” (art. 6.º), consagrándose el derecho ciudadano “de participar libremente en los asuntos públicos” (art. 62), para lo cual “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública” es considerada como “el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” (art. 62). Por ello, la Constitución declara que “es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables” para la práctica de la participación (art. 62).

Dentro de los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, el artículo 70 los define así: *en lo político*, la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante; y *en lo social y económico*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad (art. 70).

En cuanto a los estados y municipios, también se precisa una amplia política de participación mediante la transferencia, en materias de servicios públicos, formulación de políticas, economía, y diversas áreas de gestión, como la penitenciaria (art. 184).

Se destaca, asimismo, como fórmula jurídica para la participación, la regulación de los intereses colectivos y difusos como legitimación para el acceso a la justicia (art. 26), en particular, a la justicia contencioso administrativa (art. 259).

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO QUE REGULA LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LOS ADMINISTRADOS

La Constitución de 1999, por otra parte, establece las regulaciones fundamentales relativas a la actuación del Estado como gestor del interés general en relación con los particulares o administrados, y en especial, en su actuación administrativa; con lo cual el régimen fundamental del derecho administrativo ha quedado constitucionalizado.

En primer lugar, se destaca el principio constitucional de que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas”. A tal efecto, se prescribe que la actuación de la Administración Pública “se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública”; y además, conforme al principio de la legalidad, es decir, “con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141).

La Constitución, por otra parte, garantiza a los ciudadanos el derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, la Constitución garantiza a los ciudadanos el acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto (art. 143)

Si el Estado está al servicio de los ciudadanos, los funcionarios públicos, a su vez, “están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”, razón por la cual “su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política” (art. 145).

Su régimen debe establecerse por ley, como un estatuto de la función pública, mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública, debiéndose proveer su incorporación a la seguridad social (art. 144).

La Constitución prescribe, además, que en general los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera; quedando exceptuados sólo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley. A los efectos de los cargos de carrera, la Constitución exige que el ingre-

so de los funcionarios públicos a los mismos debe ser por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia; debiendo el ascenso quedar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y debiendo el traslado, la suspensión o el retiro ser de acuerdo con su desempeño (art. 146).

En cuanto a la actuación de la Administración Pública, la Constitución se refiere a los actos administrativos (art. 259), a los contratos estatales y en especial, a los contratos de interés público (art. 150) y a las concesiones administrativas (art. 113). Nociones claves del derecho administrativo, que han sido constitucionalizadas.

Referente a las potestades de la Administración, las mismas también encuentran su fundamento en la propia Constitución. Así, por ejemplo, en cuanto a la potestad reglamentaria, la misma tiene su fundamento en la Constitución, en las atribuciones del Presidente de la República (art. 236.10), constituyendo los reglamentos actos administrativos de efectos generales.

Por otra parte, en cuanto a la potestad expropiatoria, la misma está establecida en la Constitución, como garantía del derecho de propiedad, de manera que “sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes” (art. 115).

Conforme al artículo 139 C., el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución o de la ley; respondiendo patrimonialmente el Estado, además, por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública (art. 140).

Por último, la Constitución misma regula ciertos bienes públicos como dominio público, constitucionalizando por tanto su régimen. Así, se declara que los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, considerándose como bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Igualmente, la Constitución declara a las costas marinas como bienes del dominio público (art. 12). Además, el artículo 304 C. también declara que todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo, remitiendo a la ley el establecimiento de las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, la primera y más importante de las fuentes del derecho administrativo y, por tanto, de la legalidad administrativa, es la Constitución de 1999. De acuerdo a la tradición constitucional que se remonta al primer texto constitucional de la República, del 21 de diciembre de 1811 (Constitución Federal para los Estados de Venezuela), la Constitución, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática, contiene una serie de normas que están en la cúspide del ordenamiento jurídico y que son de aplicación directa e inmediata a los funcionarios y ciudadanos²². Todos los principios del ordenamiento jurídico administrativo encuentran su fuente y consagración en dicho Texto Fundamental, el cual es la ley suprema del ordenamiento. Así lo establece expresamente el artículo 7.º: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”. Por tanto, toda ley, norma o acto está subordinado a la Constitución y no puede haber acto alguno superior a ella (*Introducción general*, 1).

Entre las varias características que tiene la Constitución, que la configuran como tal ley suprema, está, en primer lugar, su supremacía, tal como el mismo texto la expresa; en segundo lugar, su rigidez, derivada de su inmodificabilidad sin la participación del pueblo a través de las enmiendas, reformas o de la Asamblea Constituyente; en tercer lugar, su imperatividad, como lo indica el mismo artículo 7.º: “Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta Constitución”; y en cuarto lugar, su carácter de fuente del derecho. Todos estos principios están garantizados en el propio texto constitucional, con la sanción de la nulidad respecto de todo acto contrario a su articulado o a los principios constitucionales.

La importancia que tiene el identificar a la Constitución como fuente del derecho administrativo es que tanto los particulares como las autoridades administrativas, y en su actividad, están sometidos directamente a las normas constitucionales, tanto a las que conforman la parte orgánica como a las que configuran la parte dogmática, en particular, las que establecen los derechos y garantías constitucionales, las cuales, por lo demás, son de aplicación directa e

22 Cfr. NELSON E. RODRÍGUEZ GARCÍA “Breves observaciones sobre el valor normativo de la Constitución y sus reflejos en el derecho administrativo”, *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. II, cit., pp. 489 a 515; AUGUSTO PINO, “Sistemas de las fuentes constitucionales del derecho venezolano”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera. Estudios sobre la Constitución*, t. 1, cit., pp. 113 a 150.

inmediata. La consecuencia de ello es que los actos administrativos pueden ser controlados y anulados por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa cuando violen una norma constitucional, es decir, por inconstitucionalidad que, por supuesto, es una de las formas de contrariedad al derecho de que habla el artículo 259 C. Tan importante es la consideración de la Constitución como fuente del derecho administrativo que incluso, en la hipótesis de que un acto administrativo se dicte fundado en una ley que sea en sí misma inconstitucional, el poder de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la conformidad con el derecho (incluida la Constitución) de dichos actos no se detiene, desde el momento en que los jueces de la República pueden ejercer el control difuso de la inconstitucionalidad de la ley, conforme a los artículos 334 de la propia Constitución y 20 CPC, declarando la ley inaplicable al caso concreto y, en consecuencia, anulando el acto administrativo por inconstitucional.

Ahora bien, cuando se indica que una de las fuentes del derecho administrativo —la primera y de carácter supremo— es la Constitución²³, ello significa que los órganos de la Administración Pública deben, ante todo, respetar las normas constitucionales, tanto las que se establecen en los *artículos* del texto, como las que regulan de *principios* constitucionales.

I. LOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La Constitución, como Ley Suprema de la organización del Estado, por supuesto, contiene una serie de artículos que dentro del marco del derecho constitucional regulan la organización política de la sociedad. Sin embargo, es evidente que al hablar de la Constitución es imposible, desde el ángulo del derecho administrativo, pretender señalar que sólo ciertos de sus artículos conciernen al derecho constitucional y otros se configuran, en cambio, como fuentes del derecho administrativo. Lo cierto, es que, como lo ha señalado VEDEL, es inconcebible que el derecho administrativo se defina con independencia de toda consideración de la Constitución, que es la fuente de todo el ordenamiento jurídico²⁴. Como hemos indicado, progresivamente se ha producido un proceso de constitucionalización del derecho administrativo y paralelamente, también, de juridificación del derecho constitucional, que conducen a apreciar

23 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "La Constitución como fuente del derecho administrativo", *Revista de Derecho Público*, n.º 47, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 35 y ss.

24 Cfr. GEORGES VEDEL y PIERRE DEVOLVÉ, *Droit administratif*, t. I, Paris, 1990, p. 444.

a la Constitución, materialmente en la globalidad de su articulado, como la fuente fundamental del derecho administrativo. Ahora bien, entre las normas constitucionales de mayor relevancia como fuente del derecho administrativo están los artículos constitucionales sobre el ejercicio del poder público; los que distribuyen el poder público en forma vertical, configurando la forma federal del Estado; los relativos a la reserva legal; los que consagran los derechos y garantías; los que regulan la actividad de la Administración Pública; los que regulan la Hacienda y las finanzas públicas; y los que establecen el control judicial de la actividad administrativa.

A. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES SOBRE EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

Ante todo, deben considerarse como fuentes directas del derecho administrativo, de primera importancia, las normas del Texto Fundamental que establecen los principios fundamentales relativos al ejercicio del poder público, y que se aplican tanto a los órganos estatales nacionales, estatales y municipales como en ellos, en su caso, a los órganos legislativos, a los órganos judiciales, a los órganos administrativos y a los órganos de control. Están así expresamente consagrados el principio de legalidad (arts. 137, 141 y 259); el principio de la distribución de funciones y competencias (art. 136); y la sanción, con nulidad, de los actos viciados de incompetencia constitucional (art. 138) o dictados en violación de los derechos y garantías constitucionales (art. 25).

La Constitución consagra, así mismo, el principio de la responsabilidad del Estado (arts. 6.º, 26, 49.8, 141, 165, 311, 313, 319, 322, 326 y 329), y en particular, de la responsabilidad patrimonial del mismo (arts. 140 y 259); así como el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios en ejercicio del poder público (arts. 25, 46.4, 49.8, 139, 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 255, 281.4 y 5, 285.4 y 315).

En particular, sobre la Administración Pública, la Constitución establece sus principios de actuación (art. 141), la figura de los institutos autónomos y el control del Estado sobre los entes descentralizados (art. 142), y el régimen de la información administrativa y del derecho de acceso a los documentos oficiales (art. 143). Sobre los funcionarios públicos, la Constitución regula el estatuto de la función pública y régimen de la carrera administrativa (arts. 144 y 146); el sentido del servicio al Estado de los funcionarios, y las prohibiciones de contratación con entes públicos (art. 145); el régimen de las remuneraciones (art. 147) y de las incompatibilidades (art. 148), y la prohibición de aceptación de cargos de naciones extranjeras (art. 149). Sobre los contratos públicos, la

Constitución establece las normas básicas de contratación pública (art. 150) y las cláusulas de inmunidad de jurisdicción (art. 151), de carácter ambiental (art. 129) y de temporalidad en las concesiones (arts. 113 y 156.16).

La Constitución establece, asimismo, al regular el régimen de ejercicio del poder público, los principios fundamentales relativos a las relaciones internacionales, a la celebración de tratados o convenios internacionales y a los procesos de integración regional (arts. 152 a 155). Igualmente reguló en forma detallada el régimen de la seguridad y defensa de la Nación y de la Fuerza Armada y de los órganos de seguridad ciudadana (arts. 322 y ss.).

Todas las normas constitucionales relativas al poder público, por tanto, tienen carácter de fuentes directas del derecho administrativo, así como las relativas a su distribución vertical y división horizontal del poder público (art. 136).

B. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES SOBRE DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO

En efecto, el Estado venezolano constitucionalmente está estructurado como un Estado federal descentralizado (arts. 4.º y 185), lo que implica un sistema de distribución vertical del poder público (art. 136), entre el poder nacional (arts. 156 a 158 y 186 a 298), el poder estatal (arts. 16 y 159 a 167) y el poder municipal (arts. 168 a 184). Cada una de esas ramas del poder público cuyos períodos constitucionales regula el Texto Fundamental en diversas normas (arts. 160, 162, 174, 192 y 230), tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio deben colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 136).

En cada una de esas ramas del poder público, la Constitución establece un sistema de separación orgánica de poderes (o distribución horizontal del poder), entre los órganos legislativos, los órganos ejecutivos y los órganos de control fiscal. En el nivel nacional, además, entre los órganos judiciales, los órganos electorales y algunos órganos de control. Todas las normas sobre esa distribución de competencias son fuentes directas del derecho administrativo. Así están los artículos que a nivel del poder nacional regulan el poder legislativo nacional y la organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional (arts. 186 a 224); el poder ejecutivo nacional, y la organización y funcionamiento del Ejecutivo nacional (Presidente y Vicepresidente Ejecutivo de la República, ministros, Procurador General de la República y Consejo de Estado) (arts. 225 a 252); el poder judicial y el sistema de justicia, la organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales (arts. 253 a 272), y la jurisdicción constitucional (arts. 333 a 336); el poder ciudadano, y la organización y

funcionamiento del Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (arts. 273 a 291); y el poder electoral, y la organización y funcionamiento del Consejo Nacional Electoral (arts. 292 a 298).

Entre las normas relativas a la distribución del poder público, deben mencionarse además las concernientes al territorio y a la división política (arts. 16 a 18), y entre ellas las que regulan la capital de la República y el Distrito Capital (art. 18); los territorios federales (art. 16) y las dependencias federales (art. 17). Igualmente, la regulación de mecanismos institucionales para las relaciones intergubernamentales, a cargo del Consejo Federal de Gobierno (art. 185).

C. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE CONSAGRAN LA RESERVA LEGAL

Pero por supuesto, entre las normas constitucionales relativas a la distribución del poder público tienen especial significación para el derecho administrativo aquellas que establecen la reserva legal, es decir, competencias normativas exclusivas de la ley formal, las que conllevan una limitación al poder reglamentario.

Estas normas están diseminadas a lo largo de la Constitución, y son todas aquellas que remiten expresamente a la ley orgánica o a la ley para la regulación de un asunto. Particularmente, están las normas de organización, pues en general, la Constitución reserva al legislador la potestad organizativa; las normas limitativas o restrictivas de derechos y garantías constitucionales las cuales conforme a la Constitución deben tener siempre rango de ley formal; la creación de impuestos, tasas y contribuciones cuyo establecimiento sólo puede hacerse por ley formal; y el establecimiento de delitos e infracciones y penas y sanciones, lo que se encuentra reservado al legislador.

Todas esas normas constitucionales se configuran como fuentes del derecho administrativo, pues se refieren en alguna forma a la organización administrativa, al funcionamiento de la Administración o al ejercicio de la función administrativa.

D. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS

Pero, aparte de las normas que conforman la parte orgánica de la Constitución, todas aquellas que conforman la parte dogmática y que regulan los derechos y garantías de los habitantes y ciudadanos de Venezuela (arts. 19 y ss.) constituyen la fuente más importante del derecho administrativo. Puede decirse, sin lugar a dudas, que el derecho administrativo, como cuerpo normativo, se traduce, en

general, en un conjunto de normas reguladoras de las relaciones que se establecen entre la Administración y los particulares con motivo del régimen de los derechos y deberes constitucionales y del ejercicio por éstos de dichos derechos y libertades, incluyendo el régimen de dichos derechos en situaciones de excepción (arts. 337 a 339). Dicho régimen, por supuesto, es de la reserva legal y solo puede tener su fuente normativa (aparte de la Constitución) en la ley formal.

Se destacan, en *primer lugar*, las regulaciones sobre el estatuto de las personas, relativas a la nacionalidad y la ciudadanía (arts. 32 a 42); en segundo lugar, el régimen de los derechos individuales (arts. 19 a 31 y 43 a 61). Estos derechos individuales, que se traducen en la práctica en libertades (libertad personal, seguridad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad del hogar doméstico y de la correspondencia, libertad religiosa, libertad de expresión del pensamiento, libertad de asociación, libertad de reunión), traen como consecuencia, generalmente, como contrapartida a cargo de la Administración, un deber general de abstención en cuanto a la limitación de su ejercicio, salvo que la ley lo autorice. La actividad administrativa de policía tendiente a respetar el ejercicio de los recíprocos derechos y libertades por los individuos, y mantener el orden público y social (art. 20), en definitiva, siempre se traduce en una limitación o restricción de tales derechos y libertades establecidas por ley, pero con las debidas garantías (arts. 19 y ss.).

Entre los derechos individuales, además, debe destacarse el derecho a la igualdad (art. 21), el derecho de petición (art. 51) que ha sido fuente primera, en definitiva, del procedimiento administrativo; el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (art. 26); el derecho al debido proceso y a la defensa (art. 49); el derecho al control judicial de legalidad de la Administración (art. 259), y el derecho de amparo frente a la Administración (art. 27), que conforman garantías fundamentales de los individuos frente a la Administración, y cuya regulación se constituye en una de las piezas fundamentales del derecho administrativo, por ejemplo, al establecerse la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben dichos derechos (art. 25).

En *segundo lugar*, la Constitución conforme al principio del Estado democrático y social de derecho y de justicia (art. 2.º) establece un largo elenco de derechos sociales y de las familias (arts. 75 a 86), de orden laboral (arts. 87 a 97), de carácter cultural y educativo (arts. 98 a 111), y de los pueblos indígenas (arts. 119 a 126), que se traducen, en el campo legislativo, en una serie de deberes de regulación por parte de la Asamblea Nacional; y en el campo administrativo, en una serie de obligaciones concretas de prestación de servicios públicos, de protección y promoción social (corporaciones, familia, maternidad, infancia), de atención a la salud o de educación.

En *tercer lugar*, están las normas constitucionales que establecen los derechos ambientales (arts. 127 a 129), los cuales también dan lugar a regulaciones de orden administrativo, siendo fuente directa del derecho administrativo.

En *cuarto lugar*, están las normas constitucionales que establecen los derechos económicos (arts. 112 a 118), complementadas con las normas que regulan el sistema socioeconómico (arts. 299 a 310) que no sólo regulan derechos, como el derecho de propiedad y las consecuentes limitaciones impuestas al Estado para extinguirlos (expropiación, confiscación), sino que establecen las bases del sistema económico, con la regulación de la libertad económica, sus limitaciones y los poderes de intervención del Estado; y en particular, la posibilidad para el Estado de no sólo fomentarla, sino restringirla, de manera, incluso, de reservarse determinadas industrias y servicios, con regulaciones específicas sobre la reserva en materia petrolera y sobre Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA) (arts. 302 y 303). Las actividades administrativas de fomento y de gestión económica (empresas públicas) encuentran en dichas normas constitucionales su fuente primaria. De allí su importancia como fuentes del derecho administrativo.

Por último, en *quinto lugar*, están las normas relativas a los derechos políticos (arts. 62 a 74), a través de cuyo ejercicio se actualiza el régimen democrático (derecho a la participación política, derecho al sufragio, derecho de asociarse en partidos y organizaciones con fines políticos, derecho a referendos, derecho de manifestación, derecho de asilo), y que dan origen a importantes regulaciones de la actuación de la Administración, para lograr su efectivo ejercicio y garantía.

Aparte de los derechos, por supuesto, están las normas constitucionales que regulan los deberes constitucionales (arts. 130 a 135): a la defensa de la patria, al cumplimiento de la Constitución y las leyes, a prestar servicios civiles, electorales y militares; a la solidaridad social, al trabajo y a la educación; y a contribuir con los gastos públicos. Estos conllevan generalmente poderes a cargo de la Administración para exigir dichos derechos. Dichas normas son la fuente última de dicho régimen, y por tanto, fuente importante del derecho administrativo.

E. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES SOBRE EL RÉGIMEN FISCAL, MONETARIO Y DE LA TRIBUTACIÓN

En el texto de la Constitución se regula el régimen fiscal, monetario y de la tributación (arts. 311 a 321), en cuyas normas se dispone sobre los principios fundamentales de gestión fiscal, régimen presupuestario y del crédito público (arts. 311 a 315); el fundamento del sistema tributario e impositivo (arts. 316 y 317), y el régimen relativo al sistema monetario nacional y a la coordinación

macroeconómica, con regulaciones fundamentales sobre el Banco Central de Venezuela y su autonomía (arts. 318 a 321). Todas esas normas constituyen fuente primaria del derecho administrativo, al condicionar directamente la actividad administrativa de manejo del sistema fiscal y monetario y de los ingresos y gastos públicos.

F. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Mención especial debe hacerse, por último, al hablar de los artículos de la Constitución que deben considerarse como fuente del derecho administrativo, de los artículos del Texto Fundamental que regulan la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y la jurisdicción contencioso electoral (art. 297), así como las competencias del Tribunal Supremo de Justicia para ejercer el control de legalidad de determinados actos administrativos (art. 266). En esas normas, en definitiva, está la fuente primaria de todo el régimen contencioso administrativo, que es una de las partes fundamentales de nuestra disciplina. Entre las normas constitucionales de control, además, deben mencionarse las que consagran el derecho y acción de amparo (art. 27) y el derecho y acción de *habeas data* (art. 28), que permiten también el ejercicio del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración que lesionan derechos fundamentales, y que se configuran, por tanto, como una importante fuente del derecho administrativo.

Sobre este punto, incluso, debe destacarse la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 30 de enero de 1991, en la cual al derecho de amparo que regulaba el artículo 49 C. de 1961 se le atribuyó un “rango superior” sobre cualquiera otra norma constitucional. En dicha sentencia, en efecto, tratándose de una acción de amparo intentada contra un acto privativo del antiguo Congreso, la Corte señaló:

No puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo, entendiendo ésta, no como una forma de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales capaz de declarar su nulidad, sino —como se ha dicho— un medio de protección de las libertades públicas cuyo objeto es restablecer su goce o disfrute, cuando alguna persona natural o jurídica, o grupos u organizaciones privadas, amenacen vulnerarlas o las vulneren efectivamente²⁵.

25 Consultada en original.

2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Pero además de las normas constitucionales consagradas expresamente en artículos del Texto Fundamental, también deben entenderse como normas constitucionales y que, por tanto, son fuente del derecho administrativo, los principios establecidos en el Preámbulo de la Constitución, y aquellos que se derivan del Texto Fundamental, aun sin consagración escrita, tanto de su parte orgánica como de su parte dogmática.

A. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PREÁMBULO

El Texto Constitucional de 1999 fue dictado por los representantes del pueblo venezolano, con una serie de propósitos que se enumeran y detallan en el Preámbulo de la Constitución, el cual podría considerarse como la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a las normas constitucionales, y que señala los valores sociales y económicos, políticos y jurídicos que inspiran la acción del Estado. En palabras de la antigua Corte Suprema de Justicia, “el Preámbulo de la Constitución contiene los ‘considerandos’ o ‘motivos’ que guiaron al constituyente para decretar una Constitución en los términos como lo hizo, vale decir, configura el propósito que se tuvo en cuenta para tales términos”²⁶.

En el Preámbulo, por tanto, se establecen los objetivos del pacto de organización política que es la Constitución, objetivos que por supuesto son guía de obligatoria conducta para los órganos del Estado. Por tanto, las declaraciones del Preámbulo forman el conjunto de principios y políticas que los órganos del Estado deben necesariamente seguir, a pesar de que los gobiernos tengan diversos signos ideológicos, y que pueden identificarse como objetivos políticos, sociales y económicos, igualitarios, internacionales, democráticos, morales e históricos, conforme a los principios de justicia, libertad, independencia, paz y de imperio de la ley.

Estos objetivos o propósitos constituyen sin duda los principios constitucionales fundamentales que inspiran el Texto Fundamental y que, como tales, gozan de la misma imperatividad, obligatoriedad y rigidez constitucional que las normas contenidas en el articulado de la Constitución. Su violación por

²⁶ Cfr. sentencia del 8 de agosto de 1989 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, n.º 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, p. 102.

un acto estatal, por ello, podría dar lugar a una acción de inconstitucionalidad o de nulidad por contrariedad al derecho²⁷.

B. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ENUMERADOS EN EL TEXTO FUNDAMENTAL

La Constitución de 1999, además de contener artículos con normas sustantivas, enumera en muchos de ellos principios constitucionales que, por supuesto, constituyen normas constitucionales y que son además fuentes del derecho administrativo. Se destacan, así, los valores fundamentales de la República: libertad, igualdad, justicia y paz internacional, así como los derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional (art. 1.º); los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (art. 2.º); los fines esenciales del Estado: la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, considerándose a la educación y al trabajo como procesos fundamentales para alcanzar dichos fines (art. 3.º); los principios del Estado federal descentralizado: integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4.º); los principios del gobierno de la República y de sus entidades políticas: democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista, y de mandatos revocables (art. 6.º); los principios de la política fronteriza: la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente (art. 15); los principios relativos a la justicia que el Estado debe garantizar: justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26); a cuyo efecto las leyes procesales deben establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptar un procedimiento breve, oral y público, sin sacrificarse la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (art. 257);

27 Sobre el Preámbulo de la Constitución de 1961, cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El Preámbulo de la Constitución", *Revista de Derecho Público*, n.º 45, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 31 y ss.

los principios del sistema público nacional de salud: de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, y regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad (art. 84); los principios que deben regir el sistema de seguridad social que debe ser universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas (art. 86); los principios relativos a la educación, que debe ser democrática, gratuita y obligatoria, así como al servicio público de la educación fundamentado en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, consustanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal (art. 102); los principios en los cuales se fundamenta la Administración Pública que está al servicio de los ciudadanos: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 141); los principios de la legislación nacional que se dicte (leyes de base) en materias de competencia concurrente: interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad (art. 165); los principios que deben orientar el contenido de los convenios mediante los cuales los estados y los municipios descentralicen y transfieran servicios a las comunidades y grupos vecinales organizados: interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184.1); los principios relativos a la actividad de la Defensoría del Pueblo: gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio (art. 283); los principios que los órganos del poder electoral deben garantizar respecto de los procesos electorales: la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional (art. 293); los principios en los que se fundamenta el régimen socioeconómico de la República: justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral, una existencia digna y provechosa para la colectividad, generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (art. 299); los principios que deben regir la gestión fiscal: eficiencia, solvencia,

transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal (art. 311); los principios del sistema tributario: la progresividad, la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población (art. 316); los principios de funcionamiento del fondo de estabilidad macroeconómica: la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo (art. 321); los principios de la seguridad de la Nación: independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental, afirmación de los derechos humanos, y satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos (art. 326).

C. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DERIVAN DEL TEXTO FUNDAMENTAL

Además de los principios expresamente enumerados en la Constitución, también se pueden identificar como tales los que derivan del texto de la misma, tanto de su parte orgánica como de su parte dogmática, muchos de los cuales han venido siendo identificados por el Supremo Tribunal, en su carácter de juez constitucional y juez contencioso administrativo.

En cuanto a la parte orgánica, por ejemplo, se destacan los principios que derivan de la autonomía propia de la descentralización político territorial o distribución vertical del poder público que contiene la Constitución. Así, el hecho de que el artículo 168 C. establezca expresamente el principio de que “los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino por ante los tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y la ley”, como una consecuencia de la autonomía municipal, no implica que esa garantía sea solo propia de la autonomía municipal, y no exista respecto de la autonomía de los estados. Al contrario, aun cuando sin consagración expresa, derivado del principio de la autonomía de los estados (art. 159), los actos de estas entidades sólo pueden ser impugnados por ante los órganos jurisdiccionales y no están sometidos a control por los órganos ejecutivos o legislativos nacionales.

En cuanto a la parte dogmática, sobre derechos y garantías, es la propia Constitución la que establece el principio de que “la enumeración de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”, por lo que “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (art. 22). Por tanto, los derechos constitucionales inherentes a la persona humana deben construirse con base en principios constitucionales, tal como sucedió en el pasado, por ejemplo, con el derecho a la defensa, que si bien sólo se regulaba en materia judicial (en todo estado y grado

del proceso, decía el art. 68 C. de 1961), la jurisprudencia lo fue extendiendo al campo del procedimiento administrativo (lo cual se recogió expresamente en el art. 49 C. de 1999); y la garantía de la reserva legal en materia de delitos e infracciones y de penas y sanciones, que si bien la Constitución de 1961 la había consagrado respecto de medidas privativas de la libertad, particularmente en materia penal (art. 60.2), la jurisprudencia la fue extendiendo al régimen de infracciones y sanciones administrativas, lo que se ha acogido expresamente en la Constitución de 1999 (art. 49.6).

Estos principios, por tanto, en materia de derecho administrativo, se constituyen en fuentes de primera importancia de nuestra disciplina.

Como se puede apreciar de los principios y normas constitucionales antes referidos, las instituciones fundamentales del derecho administrativo en Venezuela puede decirse que se encuentran constitucionalizadas, de manera que la fuente fundamental de nuestra disciplina es la Constitución misma. Las normas constitucionales, en tal sentido, tienen aplicación directa e inmediata, siendo fuente de competencias para los órganos del Estado y para el ejercicio de los derechos ciudadanos, los cuales no requieren de desarrollo legislativo para ello. Esto no significa, sin embargo, que la actuación de la Administración, aun aplicando las normas constitucionales, sea una actuación de ejecución directa e inmediata de la Constitución, pues la misma por esencia es regulada y regulable mediante la legislación. Por ello, la actividad administrativa siempre es de carácter sublegal, de ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo indirecta y mediata de la Constitución, así no se haya dictado la ley requerida.

*§ 3. El proceso de huida y de recuperación
del derecho administrativo*

El derecho administrativo, como derecho de la Administración Pública, es el derecho que le es común, peculiar y normal; sin embargo, evidentemente, ello no significa ni ha significado jamás que sea un derecho exclusivo de la Administración Pública y excluyente de otras ramas que le puedan ser aplicadas.

No es exclusivo pues, por supuesto, el derecho administrativo es comúnmente aplicable a los particulares, al punto de que en muchos casos es el que preponderantemente se aplica a los individuos desde que nacen hasta que mueren. Y no es excluyente, porque el derecho administrativo no es el único derecho aplicable a la Administración Pública. Esta, en todos los campos antes señalados que conforman el objeto del derecho administrativo, también se rige por el derecho privado —el cual, por supuesto, está en la génesis de tantas instituciones del derecho administrativo¹—, unas veces más, otras veces menos, dependiendo de las épocas históricas y de las políticas públicas; y que siempre conforman el derecho supletorio ante la ausencia de principios generales del propio derecho administrativo.

En todo caso, siempre ha habido una interaplicación del derecho administrativo y del derecho privado a la Administración Pública; pero el problema, siempre, ha sido el determinar las fronteras y la intensidad de su respectiva aplicación. En otros términos, el tema tradicional de discusión en el derecho administrativo ha sido el establecer cuáles son los campos de regulación que sólo pertenecen al derecho administrativo, si es que los hay; y hasta qué punto la aplicación del derecho privado a la Administración Pública constituye realmente una huida de esta del derecho administrativo², que incluso se ha considerado como inconstitucional³.

En efecto, no hay que olvidar que el derecho administrativo, como derecho aplicable a la Administración, como antes se ha analizado, tiene rango consti-

1 Cfr. SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, 1996.

2 Cfr. en general, en la doctrina española, CARMEN CHINCHILLA, BLANCA LOZANO y SILVIA DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992; MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comentarios*, Madrid, 1995, pp. 95 y ss.; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El derecho administrativo privado*, Madrid, 1996; SILVIA DEL SAZ, “La huida del derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 57 y ss.; I. BORRAJO INIESTA, “El intento de huir del derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 78, Madrid, Edit. Civitas, pp. 233 y ss.; JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 136, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 201 y ss.

3 Cfr. SILVIA DEL SAZ, “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA, LOZANO y DE SAZ, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, cit., pp. 172 y ss.

tucional, pues en definitiva el fundamento de todas sus instituciones está en el propio Texto Constitucional. Por ejemplo, en materia de organización administrativa, en el mismo se regulan los principios de la organización central y ministerial (arts. 141, 142 y 236.20); las personas de derecho público territoriales y no territoriales (arts. 145 y 322); los institutos autónomos (art. 142) y las empresas del Estado (art. 300). En materia de funcionarios públicos se prevé expresamente el estatuto de los mismos (arts. 144 a 149). En materia de formas de la actividad administrativa se establecen los principios de la policía administrativa (arts. 20, 156.6, 164.6 y 178.), de los servicios públicos (arts. 84, 86, 102, 103, 113, 156.29, 164.7, 178, 196.6, 281 y 259) y el fomento (arts. 306 y ss), y la ordenación de las actividades particulares (arts. 112 y 128). En cuanto a la actividad administrativa se establecen principios sobre los actos administrativos (arts. 259 y 266.5) y los contratos de la Administración (arts. 113, 150 y 151); y sobre la responsabilidad administrativa (arts. 25, 49.8, 139, 140 y 255) y sobre el control fiscal (art. 287). En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa la misma se ha constitucionalizado (art. 259) al igual que la jurisdicción contencioso electoral (art. 297). En esta forma, como consecuencia de la constitucionalización del derecho administrativo, toda regulación que signifique huida del derecho administrativo y que contraríe las normas indicadas sería inconstitucional. Así se ha considerado, por ejemplo, en los casos de exclusión del estatuto de los funcionarios públicos y aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo respecto de funcionarios de un instituto autónomo⁴.

En las últimas décadas, este tema ha estado en el centro de la polémica de nuestra disciplina en todo el mundo, particularmente como consecuencia de los procesos de desregulación, desburocratización y privatización que han constituido el signo del Estado de nuestro tiempo, una vez que el Estado social al entrar en crisis en las últimas décadas en todo el mundo occidental, tuvo que acudir al auxilio de la sociedad para la generación de riqueza, y mediante la inversión privada, lograr la multiplicación del empleo. Por supuesto, ello con las excepciones derivadas del estatismo exacerbado que en algunos casos aislados todavía provoca, por ejemplo, la relación Estado rico-país pobre, que ha caracterizado a ciertos “Estados petroleros” conducidos por el populismo desenfrenado⁵.

4 Cfr. el voto salvado de GUSTAVO URDANETA T. y ALEXIS PINTO D. a la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993, caso Ipostel, *Revista de Derecho Público*, n.º 53 y 54, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 419.

5 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “Discurso de instalación, Reflexiones sobre el Estado rico y el país pobre”, *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, 2004, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 3 de noviembre de 2004, en [www.allanbrewercarias.com]. (Conferencias 2004).

Nuestra intención, en párrafo, es hacer algunas reflexiones sobre este tema de la huida y recuperación del derecho administrativo, conforme se ha venido planteando en la doctrina del derecho administrativo y las respuestas diversas que se han venido dando, caso a caso, en el derecho venezolano, en varios aspectos de los grandes bloques de regulación propios del derecho administrativo.

I. LA HUIDA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El primer elemento que debemos retener en la evolución de la organización administrativa, sin duda, es el del abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración Pública, por supuesto, para huir de su régimen jurídico —el de la Administración central del Estado— y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a la aparición de las empresas públicas⁶. Antes, habían surgido los institutos autónomos, cuya razón fue dar más flexibilidad y autonomía a la realización de los cometidos estatales, dotando de personalidad jurídica de derecho público a determinados patrimonios afectados a un fin de utilidad pública, generalmente de carácter económico, industrial o comercial, o de carácter social⁷. Fue la primera forma de ruptura del principio de la unidad del Tesoro que se inició en nuestro país en los años veinte⁸.

El instituto autónomo fue, así, el paradigma de la Administración descentralizada, hasta que el ingreso petrolero llevó al Estado venezolano a intervenir directamente en la economía, sin ningún principio de subsidiaridad que lo limitara, proliferando en nuestro medio, empresas del Estado de toda índole y actividad⁹.

Tanto los institutos autónomos como las empresas del Estado han sido figuras organizativas propias del derecho administrativo, pero, por supuesto, por la forma jurídica adoptada, se hizo presente, sobre todo en las últimas, el derecho privado. Si para constituir las se optó por la forma jurídica societaria del derecho mercantil, este comenzó a aplicárseles en toda su integridad, pero sin desplazar

6 Cfr. *id.*, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

7 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995.

8 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “50 años en la evolución institucional de Venezuela 1926-1976”, en RAMÓN J. VELÁSQUEZ et ál., *Venezuela moderna. Medio siglo de historia 1926-1976*, Caracas, Fundación Mendoza, 1979, p. 670.

9 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el derecho venezolano*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982.

al derecho administrativo. La situación, aquí, ha sido de preponderancia en la aplicación del derecho privado para escapar de la rigidez de la organización administrativa clásica, pero paralelamente a ello el derecho administrativo ha venido penetrando y recuperando su campo de actuación.

Así, en las regulaciones más generales surgió el concepto de “sector público”, de manera que, por ejemplo, para el régimen presupuestario y de crédito público¹⁰, por más sociedades anónimas de derecho privado que sean, las empresas del Estado fueron abarcadas por dicho régimen quedando precisamente amarradas al sector público, es decir, a los entes estatales. De allí, incluso, la propia denominación de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público¹¹.

Lo mismo sucedió con el concepto de patrimonio público, de manera que la descentralización funcional con forma societaria no produjera una huida respecto a los controles y régimen de la gestión, responsabilidad y salvaguarda del patrimonio público. Así, las empresas del Estado, a los efectos de la Ley contra la Corrupción¹² y de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República¹³, están todas en el mismo régimen, igual que la más clásica Administración central. Por ello, más que una huida del derecho administrativo, en este campo hemos venido presenciando un aseguramiento, más que recuperación, de áreas perdidas, aun cuando no necesariamente para bien en cuanto a la flexibilidad que exigen algunas áreas de la gestión pública.

Menos conveniente ha sido, por otra parte, el uso de la tradicional figura del instituto autónomo para personificar actividades que nada tienen que ver con áreas de carácter económico o social y que constituyen las más clásicas funciones del Estado, como sucedió en 1993 con el Consejo Nacional Electoral¹⁴, un auténtico disparate jurídico administrativo. Igualmente ha sucedido con la atribución a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras del carácter de instituto autónomo¹⁵, y a la Comisión Nacional de Valores de personalidad jurídica y patrimonio propio¹⁶.

10 Por ejemplo, artículos 1.º, de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, *Gaceta Oficial* n.º 4.718, extra., del 26 de abril de 1994, y 2.º, de la derogada Ley Orgánica de Crédito Público, *Gaceta Oficial* n.º 35.007 del 26 de octubre de 1992.

11 Cfr. Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

12 Artículo 4.10 *Gaceta Oficial* n.º 5.637, extra., del 7 de abril de 2003.

13 Artículo 9.10 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

14 Artículo 38 Ley Orgánica del Sufragio, *Gaceta Oficial* n.º 4.918, extra., del 2 de junio de 1995.

15 Artículo 213. Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Dcto. Ley 1.526), *Gaceta Oficial* n.º 5.555, extra., del 13 de noviembre de 2001.

16 Artículo 2.º Ley de Mercado de Capitales del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial* n.º 36.565 del 22 de octubre de 1998.

En todo caso, en cuanto a la forma jurídica de derecho privado de carácter societario atribuida a ciertos entes públicos, no debe dejarse de mencionar el caso del Banco Central de Venezuela, persona de derecho público institucional, originalmente de carácter asociativo y, en todo caso, con forma de sociedad anónima y que tiene un régimen jurídico mixto como lo ha reafirmado la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia¹⁷.

Dicho régimen, por supuesto, es preponderantemente de derecho público ya que se trata del instituto emisor y regulador del crédito y de la moneda, al cual, por su forma jurídica, también se le aplica el derecho mercantil. A pesar de ello, sin embargo, la propia antigua Corte Suprema de Justicia en una desafortunada sentencia de la Sala Político Administrativa del 18 de julio de 1985, en un intento de expulsión más que de huida del derecho administrativo, llegó a interpretar lo contrario, es decir, que el instituto emisor era una “persona de derecho privado” que se regía casi exclusivamente por el derecho privado, al punto de considerar que el decreto presidencial de nombramiento del propio presidente del instituto, que además de emisor es contralor del crédito en general y de la estabilidad monetaria, no era un acto administrativo, sino un simple acto societario, y por tanto no susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸.

En las últimas décadas, y particularmente a partir de 1961, cuando la creación de institutos autónomos por parte de los órganos del poder ejecutivo se hizo más difícil por la exigencia constitucional de que su creación sólo se podía hacer mediante ley especial en cada caso¹⁹, comenzó a proliferar el uso de otras formas jurídicas de derecho privado distintas de las societarias para la gestión descentralizada de actividades públicas, particularmente de orden social y administrativo. Se crearon así multitud de asociaciones civiles del Estado, y de fundaciones del Estado, en cuya constitución, dirección y financiamiento en algunos casos también participaban particulares.

Si bien las mismas no ejercen, en general, poder público, pues en relación con ellas no se produce una transferencia de potestades por ley; sí han abarcado

17 Artículo 318 C. La antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, señaló con toda precisión: “El Banco Central de Venezuela es un establecimiento público asociativo, creado por ley, que forma parte de la Administración descentralizada, y el cual se encuentra sometido a un régimen jurídico mixto, configurado tanto por normas de derecho público como de derecho privado”, sentencia 985 del 10 de noviembre de 1994, caso Seguros Saint Paul de Venezuela S.A. vs. BCV, consultada en original.

18 Cfr. sentencia del 18 de julio de 1985, caso Leopoldo Díaz Bruzual, *Revista de Derecho Público*, n.º 24, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 103 a 108. Cfr. los comentarios críticos que hemos formulado a esa sentencia en BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, cit., pp. 489 y ss.

19 Artículo 230 C. de 1961 y 142 C. de 1999.

un amplísimo campo de la gestión social del Estado que provocó, sin duda, una huida de las mismas del derecho administrativo. La reacción, en todo caso, no se hizo esperar mucho y, al igual que sucedió con las empresas del Estado, no sólo se incorporaron las asociaciones civiles y fundaciones del Estado en la enumeración legal de los entes que conforman el sector público²⁰ y de los que conforman el patrimonio público²¹, sino que incluso, en 1985, fueron objeto de una regulación legal especial —que no abarcó a las empresas del Estado— dictada mediante decreto ley²², cuyo objetivo fue integrar definitivamente al sector público a dichos entes, mediante el establecimiento de estrictos medios de control. En dicha normativa se consideró como parte de los entes estatales no sólo a las fundaciones creadas o dirigidas por estos, o en las cuales hubiesen aportado más del 50% de su patrimonio, sino aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para el Estado. Frente a la huida o, más precisamente, frente al escurrimiento desenfrenado de entes y actividades del campo del derecho administrativo, se establecieron las compuertas necesarias e, incluso, se recuperó lo que se había desparramado. A partir de 2001, en todo caso, mediante la Ley Orgánica de la Administración Central²³ se estableció una regulación general y uniforme sobre todos los entes que conforman la Administración descentralizada funcionalmente, con formas de derecho público (instituto autónomo) y con formas de derecho privado (asociaciones civiles del Estado, empresas del Estado y fundaciones del Estado).

Por tanto, a pesar de que los entes descentralizados del Estado se hayan creado con formas jurídicas de derecho privado con el objeto de que se sometan a un régimen jurídico más flexible propio del derecho privado, el derecho público siempre les resulta aplicable, particularmente cuando se dicta una normativa legal integradora que regule a dichos entes en forma similar que a los de derecho público²⁴.

20 Por ejemplo, en el artículo 1.º de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, y en el artículo 2.º de la derogada Ley Orgánica de Crédito Público. Cfr. artículos 5.º, 6.º y 10.º de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

21 Artículo 4.º de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Cfr. artículo 4.11 de la Ley Orgánica contra la Corrupción, *Gaceta Oficial* n.º 5.637, extra., del 7 de abril de 2003.

22 Cfr. el derogado Decreto Ley 677 del 21 de junio de 1985 sobre normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a instituciones privadas similares, *Gaceta Oficial* n.º 3.574, extra., del 21 de junio de 1985.

23 Artículos 95 y ss., *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

24 En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 6 de agosto de 1996, caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní vs. CVG Edelca, señaló: “Es conocido que cuando el Estado crea administraciones descentralizadas con formas jurídicas privadas, como son las sociedades civiles o mercantiles propiedad del Estado o Empresas del Estado, es con el evidente propósito de someterlas

Además, en muchos casos, en el ámbito local, fue la antigua Corte Suprema la que puso remedio a la pretendida creación de fundaciones por entes públicos, como personas jurídicas de derecho privado fuera del ámbito del derecho administrativo; cuando en realidad eran institutos autónomos por la forma de creación por ley y la transferencia a las mismas de ciertas potestades propias del ejercicio del poder público. La antigua Corte Suprema, en este sentido, señaló que no basta con asignarle a un ente una “forma jurídica” de derecho privado para que lo sea, por lo que el velo de las mismas debe levantarse cuando la regulación concreta de la entidad y los poderes que se le transfieren evidencien un ente público institucional²⁵.

Por último, en la organización administrativa, dada la rigidez que existía en la legislación, hasta mitades de la década de los setenta, para romper el principio de la unidad del Tesoro que sólo se admitía con la creación de institutos autónomos, en el Plan de Reforma Administrativa de 1972²⁶ —cuyos lineamientos generales guiaron todas las transformaciones ocurridas en los lustros posteriores— se propuso la creación de la figura de los patrimonios o servicios autónomos sin personalidad jurídica, como un mecanismo para evitar acudir a la forma de la fundación o asociación civil para la gestión más flexible de una actividad pública que permitiera la percepción de ingresos para afectarlos a sus propios gastos, lo cual luego fue establecido a partir de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1974²⁷. En esta forma, se frenó el proceso de huida del derecho administrativo en la organización destinada a atender muchas actividades públicas, dotándose la gestión de las mismas de la autonomía necesaria, pero sin dejar de estar integradas a la propia Administración central del Estado. La proliferación de los servicios autónomos sin personalidad jurídica en los últimos lustros —lo que incluso fue motivo para su reglamentación general²⁸—, sin duda, ha sido un definitivo freno a la posible huida de sectores de la Administración Pública al

a un régimen jurídico más flexible que el aplicable a las administraciones con formas jurídicas de derecho público. Esto trae como obligada consecuencia que sus actuaciones deben ser consideradas como actos de naturaleza privada, sujetos por tanto al derecho común. Sólo sería aplicable al derecho público cuando una determinada normativa integradora de esa rama jurídica, incluya dentro de su ámbito de aplicación a las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho privado, las cuales, a los efectos específicos de esa normativa, quedarían en la misma situación que las organizaciones administrativas con formas jurídicas de derecho público” (consultada en original).

25 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 15 de julio de 1992, caso Arquímedes Fajardo (consultada en original).

26 Cfr. *Informe sobre la Reforma de Administración Pública Nacional*, vol. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 362 y ss.

27 Artículo 16.5 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario.

28 Cfr. Reglamento de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, Decreto 1.921 del 31 de octubre de 1991, *Gaceta Oficial* n.º 34.836 del 7 de noviembre de 1991.

derecho administrativo, habiéndose previsto, en la regulación de estos servicios, regímenes especiales de la función pública con mayor autonomía de manejo que los propios institutos autónomos, sobre todo en materia de contratación de personal. Así ha sucedido particularmente con el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), originalmente establecido mediante decreto²⁹ y regulado por ley especial a partir de 2001³⁰.

Una última reflexión sobre el tema de la organización administrativa, en particular, de la Administración descentralizada con forma de sociedad anónima. Dijimos que la proliferación de empresas públicas en nuestro país, más que por motivaciones ideológicas que conformaron una política de intervención activa del Estado en la economía, se produjo por la particular circunstancia de la estructura de la economía venezolana, dependiente de la industria petrolera. Venezuela es un país petrolero, y como, conforme a las regulaciones de las Ordenanzas de Minería de Nueva España que el Libertador puso en vigencia desde 1821, el Estado es el dueño del subsuelo —y así lo ha seguido siendo en toda la historia republicana de Venezuela³¹—; tenemos un Estado petrolero que ha sido inmensamente rico y poderoso; en general el principal inversionista, financista, empleador e industrial. Por ello, el sector público en Venezuela ha llegado a tener un porcentaje mucho mayor en la economía que el que tuvieron algunos de los antiguos países socialistas, lo cual se acrecentó con la nacionalización, en 1975, de las industrias de gas natural, de la extracción de mineral de hierro y de los hidrocarburos³². Ese Estado y esa economía pública, por la deuda pública incontrolada y el deterioro financiero derivado de las fluctuaciones históricas del ingreso petrolero, han entrado en la misma crisis que afectó a los países del mundo occidental a partir, justamente, del aumento del precio del petróleo en la década de los setenta. Con una motivación contraria, la misma política de privatización que ha sido característica de los países europeos, en

29 Cfr. p. ej., el artículo 226 del Código Orgánico Tributario en *Gaceta Oficial* n.º 4.727, extra., del 27 de mayo de 1994; el Decreto 310 del 10 de agosto de 1994, de creación del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria, *Gaceta Oficial* n.º 35.525 del 16 de agosto de 1994, y el Decreto 364 del 28 de septiembre de 1994, que estableció el Estatuto del Sistema Profesional de Recursos Humanos del SENIAT, *Gaceta Oficial* n.º 35.558 del 28 de septiembre de 1994.

30 Cfr. Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, *Gaceta Oficial* n.º 37.320 del 8 de noviembre de 2001.

31 Así lo ratifica el artículo 12 C. de 1999 que declara a los yacimientos mineros y de hidrocarburos como bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles.

32 Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, *Gaceta Oficial* n.º 29.594 del 26 de agosto de 1991; Decreto Ley 580 del 26 de noviembre de 1974, que reserva al Estado la industria de explotación del hierro, *Gaceta Oficial* n.º 30.577 del 16 de diciembre de 1974; y Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, *Gaceta Oficial* n.º 1.769, extra., del 29 de agosto de 1975.

las últimas décadas resultó indispensable en Venezuela, y en ello se empeñó el sector público, aun cuando, lamentablemente, con una conducción errática de parte de quienes han controlado el poder.

La privatización, en todo caso, fue una decisión política adoptada conforme a la Constitución, de ejercicio por parte del Estado de sus derechos de propietario de disponer de sus bienes, para lo cual se dictó la Ley de Privatización que, de nuevo, al definir su ámbito de aplicación incluye expresamente a todo el sector público en el cual se enumeran, además de la Administración central, los institutos autónomos, las empresas del Estado en dos niveles y las fundaciones y asociaciones civiles del Estado³³. No hubo en el proceso de privatización, en realidad, ninguna huida de la Administración del derecho administrativo, sino una devolución al sector privado de actividades que le serían propias mediante una reducción del sector público³⁴. Ello, incluso, originó marcos regulatorios que por la realización directa de las actividades por parte del Estado no se habían dictado para ordenarlas, tal como ha sucedido en materia de telecomunicaciones y de servicios eléctricos³⁵. Por tanto, lejos de debilitar al Estado, la privatización podría fortalecer su función ordenadora descuidada hasta ahora.

Sin embargo, debe advertirse que el proceso de privatización sólo está legalmente destinado a transferir al sector privado actividades económicas productivas e industriales, que el Estado fue asumiendo, por lo que debe denunciarse la privatización fáctica de actividades esenciales del Estado —ajenas al sector privado— que comenzó a aparecer como producto de una especie de fiebre privatizadora. Así, por ejemplo, no es posible legalmente que la Administración Pública contrate a auditores particulares para la revisión fiscal de los contribuyentes, y que ello sirva de base para la formulación de reparos, como había sucedido con frecuencia a nivel municipal³⁶; y tampoco es posible que se

33 Artículo 2.º de la Ley de Privatización, *Gaceta Oficial* n.º 4.929, extra., del 30 de junio de 1995.

34 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha considerado a dicha ley como ajustada a la Constitución. Cfr. sentencia 117 del 6 de febrero de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 212 y ss. Cfr. los comentarios a dicha sentencias en JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, “Constitución económica y privatización (Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del 6 de febrero de 2001)”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 327 a 342.

35 La Comisión Nacional de Telecomunicaciones fue creada por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, *Gaceta Oficial* n.º 36.970 del 12 de junio de 2000; y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica fue creada por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, Ley 78, *Gaceta Oficial* n.º 5.568, extra., del 31 de diciembre de 2001.

36 Por ello, en la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2005 se ha dispuesto expresamente, en su artículo 175, que las facultades de los municipios para la fiscalización, gestión y recaudación de sus tributos propios “no podrán ser delegadas a particulares”, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

generalice la representación judicial y extra judicial de la República, que corresponde a la Procuraduría General de la República, a través de abogados que no son funcionarios públicos³⁷. Estos procesos a lo que han tendido es a convertir a la Administración tributaria o a la Procuraduría General de la República en agencias de empleo de particulares para el cumplimiento de funciones públicas. Allí sí ha habido una huida de la Administración Pública del derecho administrativo que debe atajarse a tiempo, ya que el solo derecho privado es esencialmente inservible al Estado para el ejercicio del poder público, pues entre otros aspectos conduce a la realización de actividades administrativas al margen de las garantías jurídicas que el derecho administrativo otorga a los particulares, en especial para el ejercicio de su derecho a la defensa.

II. LA LABORALIZACION DEL RÉGIMEN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Uno de los elementos medulares del derecho administrativo ha sido el régimen de los funcionarios públicos. En el origen de nuestra disciplina, el personal al servicio del Estado estaba regido por sus propias normas y al mismo no le era aplicable el derecho que rige las relaciones de trabajo en el ámbito privado, es decir, el derecho laboral o derecho del trabajo.

La función pública, por tanto, tenía su propio estatuto de personal condicionado por las tareas públicas que tienen asignadas los funcionarios públicos y que tienen el deber de cumplir. En esta forma, la relación estatutaria y no contractual, y el acto de nombramiento de los funcionarios era un típico acto administrativo, condición que al producirse los subsumía en un régimen de personal establecido unilateralmente por el Estado. De la función pública, por tanto, estaban proscritos los contratos colectivos, el derecho a la huelga, el derecho a la sindicalización y el régimen de beneficios o prestaciones sociales establecidos en la Ley del Trabajo. Esta sólo se aplicaba a los obreros al servicio del Estado, es decir, a los trabajadores en los cuales predominaba el trabajo manual³⁸.

Bajo este esquema fue que se sancionó en Venezuela la Ley de Carrera Administrativa de 1970³⁹, la cual constituyó en su momento una revolución,

37 Cfr. Decreto 319 que estableció el Servicio Autónomo de Personería adscrito a la Procuraduría General de la República, *Gaceta Oficial* n.º 35.534 del 29 de agosto de 1994.

38 Artículo 6.º de la derogada Ley del Trabajo del 1975, *Gaceta Oficial* n.º 1.736, extra., del 5 de mayo de 1975.

39 Cfr. la derogada Ley de Carrera Administrativa, *Gaceta Oficial* n.º 1.745, extra., del 23 de mayo de 1975.

pues se trataba de la primera vez que se regulaba legalmente el régimen de los funcionarios públicos⁴⁰.

Han pasado más de tres décadas desde que se produjo la sanción de aquel instrumento legal, y debemos aquí recordar que el argumento que en el Congreso se esgrimió para eliminar del proyecto que habíamos elaborado dos normas que prohibían expresamente la contratación colectiva y la huelga en la función pública era que ello era evidente y que, por tanto, su prohibición expresa no era necesaria⁴¹.

Por supuesto, en tres décadas todo cambió. La admisión de la sindicalización de la función pública que se había previsto en la ley condujo progresivamente, y de hecho, a la admisión de la contratación colectiva mediante las denominadas “actas convenios”, que fueron regulando progresiva e ilegalmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en diversas áreas cruciales de servicios públicos, como los de carácter social. Luego, tanto la reforma de la Ley de Carrera Administrativa de 1975⁴², aplicando a los funcionarios públicos el régimen general de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo, como la sindicalización desarrollada y la contratación colectiva condujeron, también, de hecho, al uso del recurso a la huelga como mecanismo conflictivo de uso progresivo.

Así, la función pública se fue laboralizando inexorablemente, pero encontrando dicho proceso, siempre, un límite, que es el artículo 144 C. que establece con rango constitucional lo que se configura como el núcleo del estatuto del funcionario público, de establecimiento unilateral por el Estado, es decir, que no puede ser objeto de contratos colectivos, y que se refiere a las normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública. Este régimen, por tanto, en relación con los funcionarios públicos de la Administración Pública nacional puede ser regulado en forma especial con relación a determinados órganos o institutos autónomos, pero no puede ser constitucionalmente eliminado dando paso a la aplicación global a la Ley Orgánica del Trabajo en la función pública.

En efecto, precisamente sobre los aspectos del estatuto de los funcionarios públicos que enumera el artículo 144 C. es que regula, en general, la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴³, y precisamente por ello en el artículo 8.º de

40 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El Estatuto de los funcionarios públicos y la Ley de carrera administrativa*, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1970.

41 Cfr. “Proyecto de Ley sobre Funcionarios Públicos”, 1970, Caracas, Comisión de Administración Pública.

42 *Gaceta Oficial* n.º 1.745, extra., del 23 de mayo de 1975.

43 *Gaceta Oficial* n.º 37.522, del 6 de septiembre de 2002.

la Ley Orgánica del Trabajo, luego de todas las discusiones inimaginables sobre este tema crucial de la laboralización de la función pública, se llegó a establecer la diferenciación respecto a los aspectos estatutarios de la función pública, que por tanto no entran dentro del marco regulativo de la Ley Orgánica del Trabajo, así:

Artículo 8.º Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales se registrarán por las normas sobre carrera administrativa nacionales, estatales o municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

La situación actual del régimen de los funcionarios públicos, en Venezuela, en todo caso, responde a los principios generales que se observan en todo el mundo y en cuya conformación, sin duda, han jugado un papel importante los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que han ido evolucionando y uniformizando normas en los diversos países⁴⁴. La laboralización del régimen de la función pública, en todo caso, no puede verse como una huida del derecho administrativo, sino como la interaplicación normal del derecho público y del derecho privado al funcionamiento de la Administración Pública. En este campo, como hemos señalado, el núcleo del régimen de derecho administrativo de la función pública, previsto en la Constitución, permanece intacto por lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la Administración Pública del poder ejecutivo, ya que la Ley del Estatuto excluye de la aplicación de esta ley a los funcionarios públicos al servicio del poder legislativo nacional; del servicio exterior; del poder judicial; del poder ciudadano; del poder electoral; de la Procuraduría General de la República (a pesar de ser parte del poder ejecutivo); del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), y a los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales. Además, también quedan excluidos de la aplicación de esta ley los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública (art. 1.º). Esta amplia exclusión es una puerta abierta a la laboralización del régimen de la función pública.

Por otra parte, en relación con el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga, se ha laboralizado completamente, tal como lo dispuso

44 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Incidencias del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991; HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, *El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991.

la Constitución de 1999 (arts. 95 a 97) al equiparar en esos derechos a los trabajadores de los sectores públicos o privados. En estas materias, además, la Ley Orgánica del Trabajo dispuso expresamente que “los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública” (art. 8.º); agregando respecto del derecho de huelga que “podrá ejercerse en los servicios públicos sometido a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones” (art. 496).

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública reitera la laboralización en estas materias, al precisar en su artículo 32 que los funcionarios públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Sin embargo, agrega la norma que todos los conflictos a los cuales diere lugar la disposición anterior serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcional.

En este sentido, un aspecto esencial de la unicidad del régimen de los funcionarios públicos y que forma parte de su estatuto, como expresamente lo regula la Ley del Estatuto de la Función Pública, es precisamente el régimen de control jurisdiccional de la función pública, más que de la carrera administrativa, que como competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa se ha regulado en la ley (arts. 93 y ss.). Estos órganos jurisdiccionales son competentes en materia de función pública, de manera que por más proceso de laboralización que se haya efectuado, los conflictos de la función pública escapan al conocimiento de los tribunales del trabajo y van a la jurisdicción contencioso administrativa. Estos tribunales de la jurisdicción tienen competencia para resolver las reclamaciones que formulen los funcionarios públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública; así como las solicitudes de declaratoria de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos.

Deben destacarse, por otra parte, los frenos que fueron estableciendo el antiguo Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a los intentos de huida del régimen de la función pública establecido en la derogada Ley de Carrera Administrativa, por una parte, por la interpretación amplia de la misma, al aplicarla a todos los funcionarios públicos,

fueran o no de carrera, y por la otra, por la interpretación precisa del concepto de funcionario público, que hace énfasis en la naturaleza intelectual del servicio prestado en contraposición a la del obrero al servicio de la Administración Pública, siendo las circunstancias de nombramiento, permanencia en el cargo y la existencia de la partida presupuestaria correspondiente elementos que sólo sirven de mera presunción, pero que pueden ser desvirtuados por la realidad o naturaleza efectiva de los servicios prestados, y que pueden conducir a considerar la relación laboral como la de obrero y no la de empleado o funcionario público⁴⁵.

Por otra parte, la ausencia de nombramiento tampoco puede considerarse como elemento para que no exista la relación de empleo público y se pretenda aplicar a la relación laboral el régimen de la Ley Orgánica del Trabajo. Sobre esto, la jurisprudencia contencioso administrativa fue reiterada en considerar que la sola existencia de un contrato de trabajo no bastaba para excluir a un sujeto de la aplicación de la derogada Ley de Carrera Administrativa y para, por tanto, huir del derecho administrativo. Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, independientemente de si un sujeto ingresó a trabajar en la Administración Pública con un contrato de trabajo que se pretenda como de derecho privado, señaló que en cada caso:

Debe precisarse si se cumplen los requisitos necesarios para considerar como relación de empleo público a ciertas relaciones contractuales en su origen. Estos requisitos pueden resumirse en los siguientes: 1. Que las funciones asignadas corresponden a un funcionario de carrera; 2. Que se trate de funciones de carácter permanente, y 3. Que el régimen laboral (salario, horario, beneficios y otros) corresponda al establecido para los funcionarios que han ingresado a través de la vía normal del nombramiento⁴⁶.

Así, en un intento por regularizar la relación entre el régimen de la función pública y el personal contratado en la Administración Pública, la Ley del Estatuto de la Función Pública dispuso que sólo puede procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado; prohibiendo la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la ley (art. 37). En ningún caso el contrato puede constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública (art. 39); y en estos casos de personal contratado,

45 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de noviembre de 1994, Caso Instituto Universitario de Policía Científica (consultada en original).

46 Véanse Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 1.º de julio de 1993, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 a 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 556; y del 10 de noviembre de 1994, caso Teófilo Gutiérrez vs. INOS (consultada en original).

el régimen aplicable es el previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (art. 38).

Pero en todo caso, las derogaciones al régimen de derecho administrativo de la función pública, en general, han sido producto de vías de hecho que en materia laboral han sido los canales normales para el logro de tantos avances y reivindicaciones, lo que ha caracterizado la historia del derecho del trabajo. Ello se ha reproducido en los servicios públicos, y las huelgas recurrentes en los servicios de salud y de educación prestados por las Administraciones Públicas son parte de esa evolución.

Ahora bien, donde sí puede decirse que se efectuó una huida respecto del derecho administrativo con relación al régimen del personal es, sin duda, en el campo de la Administración Pública descentralizada que ya hemos referido en general. Esto fue evidente al excluirse a determinados institutos autónomos del régimen funcionarial, regulándose en la ley respectiva la aplicación general al personal de la Ley del Trabajo⁴⁷.

Esta huida puede considerarse como inconstitucional, pues al establecer el artículo 122 C. de 1961, equivalente al artículo 144 C. de 1999, que la ley debe regular un estatuto de la función pública, es lógico que su contenido deba diferir del régimen laboral ordinario, pues de lo contrario el constituyente habría aplicado a los funcionarios públicos la Ley del Trabajo. Por ello, cuando, en virtud de ley, no es que se establece un régimen estatutario especial para los funcionarios de un instituto autónomo, es decir, no es que se excluye a los funcionarios del mismo de la aplicación de la Ley del Estatuto para someterlos a otro régimen funcionarial, sino que se los excluye de la categoría de funcionarios públicos reenviándolos expresamente a la Ley Orgánica del Trabajo, como sucedió con el personal del Instituto Postal telegráfico IPOSTEL; con razón se puede considerar ello como inconstitucional⁴⁸.

47 Es el caso, p. ej., del Instituto Postal Telegráfico conforme al artículo 37 de su ley de creación, *Gaceta Oficial* n.º 2.146, extra., del 28 de enero de 1978. Por ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha rechazado el conocimiento de recursos contencioso administrativos contra actos administrativos dictados en relación con la materia laboral. Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 31 de mayo de 1993, y 13 de agosto de 1993, *Revista de Derecho Público*, n.º 53 y 54, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 419 y 549, y 287 y ss., respectivamente.

48 En este sentido, en el voto salvado de los magistrados GUSTAVO URDANETA TROCONIS y ALEXIS PINTO D'ASCOLI a las sentencias antes citadas (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 31 de mayo de 1993 y 13 de agosto de 1993), expusieron que el artículo 37 de la Ley del IPOSTEL colide con el artículo 122 C. que ordenó crear la carrera administrativa mediante el establecimiento de un estatuto para los funcionarios públicos cuyo contenido es distinto al régimen de la Ley del Trabajo, cuya aplicación general no fue la voluntad del constituyente, pues lo hubiera hecho expresamente, señalando: "A juicio de los magistrados disidentes esto fue justamente lo que se quiso evitar mediante la norma del

De todas formas, con el recurso a la figura jurídica de la descentralización funcional mediante personas de derecho privado, la condición de funcionarios públicos no se da respecto de los empleados de las empresas, asociaciones y fundaciones del Estado, los cuales en sus relaciones de trabajo se rigen íntegramente por las normas de la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, normas limitativas como la del artículo 145 C., que establece la incompatibilidad para contratar con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, abarcan ahora también a las personas que estén incluso al servicio de entidades descentralizadas con forma de derecho privado. Este campo de rescate del derecho administrativo ya se había establecido, por ejemplo, en el artículo 8.º, párrafo único, de la derogada Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, que si bien había establecido expresamente que los empleados de las entidades de la industria petrolera nacionalizada no tenían el carácter de funcionarios públicos, sin embargo a ellos se aplicaban las restricciones constitucionales establecidas en los artículos 123 a 125 C. de 1961 respecto de los funcionarios públicos.

Por otra parte, otro aspecto de rescate del régimen de derecho administrativo respecto de los empleados de las empresas, asociaciones civiles y fundaciones del Estado es la previsión de la Ley contra la Corrupción que establece que a los efectos de su articulado, y sin perjuicio de lo que disponga la Ley del Estatuto de la Función Pública, se consideran funcionarios o empleados públicos:

Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio. (Art. 3.º)⁴⁹.

122 constitucional que –sin duda– se desconoce en el fallo anterior el cual deja de lado la naturaleza de la relación existente entre la Administración y sus funcionarios: de base estatutaria, de empleo público, distinta –se insiste– de la que rige las relaciones convencionales existentes entre los trabajadores y sus patronos que están reguladas esencialmente por la legislación laboral. Por tales razones, consideran los magistrados disidentes que lo procedente hubiera sido que –en aplicación del control difuso de la constitucionalidad reconocido a los jueces de cualquier nivel en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil– esta Corte desapplicara en el caso de autos el citado artículo 37 de la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico, dada su evidente colisión con los artículos 122 y 206 de la Constitución”, ídem.

49 *Gaceta Oficial* n.º 5.637, extra., del 7 de abril de 2003.

Debe mencionarse, por último, el proceso de especialización del régimen de la función pública que se ha venido operando en los últimos años, tendiente a excluir del régimen general de funcionarios públicos al personal al servicio de determinados organismos de la Administración central, lo cual si bien no es una huida, sin duda constituye un peligro de que esto último pueda ocurrir, de hecho.

En algunos casos, la especialización del régimen se ha establecido mediante ley, como ha sucedido respecto de los funcionarios del Banco Central de Venezuela, y de la Superintendencia de Bancos y otras entidades financieras y de la Superintendencia de Seguros. En estos últimos casos, incluso, se ha atribuido al propio directorio del Banco Central y al Superintendente de Bancos y otras Instituciones Financieras, respectivamente, la facultad de dictar el estatuto funcionarial de las instituciones⁵⁰. En contraste con normas de leyes anteriores que disponían que los funcionarios o empleados del Banco Central “no tendrán derecho a contratación colectiva ni a huelga”, el artículo 29 de la Ley de 2001 dispone, conforme a la orientación de la Constitución, que “el personal del Banco Central de Venezuela goza de los derechos a huelga, a sindicalización y a contratación colectiva”, regulando, sin embargo, mecanismos para evitar la interrupción de actividades “no susceptibles de suspensión”.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El derecho administrativo, con la superación de su definición mediante un único criterio “mágico”, que no existe, ha afianzado campos de regulación que escapaban de la misma con la sola definición orgánica o funcional de nuestra disciplina.

En efecto, el tradicional y superado criterio orgánico para la definición del derecho administrativo que lo concebía como el aplicable a los órganos del poder ejecutivo que constituían la Administración Pública, expulsaba de la regulación del derecho administrativo a la actuación en función administrativa o normativa sublegal de los órganos que ejercían el poder legislativo y el poder judicial, es decir, la Asamblea Nacional y sus comisiones y los tribunales de la República. Por supuesto, este criterio, que en otras latitudes podía haber tenido fundamento en otras épocas⁵¹, de acuerdo a la Constitución de 1961 así como a la Constitución

⁵⁰ Artículos 28 y 273 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Decreto Ley 1526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555, extra., del 13 de noviembre de 2001.

⁵¹ Cfr. los trabajos críticos sobre el criterio orgánico que se publican en el libro *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX, Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla*, t. 1, Madrid, 1992.

de 1999, no podía tener aplicación en Venezuela⁵². Por ello, la jurisprudencia contencioso administrativa, en el proceso de universalización del control sobre los actos administrativos, había considerado siempre como tales los dictados por los antiguos órganos constitucionales dotados de autonomía funcional y que no estaban integrados a los órganos tradicionales del Estado, como eran la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, el Consejo Supremo Electoral y el Consejo de la Judicatura, los cuales siempre se habían considerado como parte de la Administración Pública pero con autonomía funcional (para diferenciarla de la Administración central y descentralizada)⁵³, regidas por el derecho administrativo. Ahora, por supuesto, de acuerdo con la Constitución de 1999, dichos órganos forman parte de la división del poder público, conformando órganos de la Administración Pública, pero integrados al poder ciudadano (Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo), al poder electoral (Consejo Nacional Electoral) o al poder judicial (Dirección Ejecutiva de la Judicatura).

Pero el afianzamiento del derecho administrativo más importante se ha producido con su penetración respecto de la regulación de la actuación administrativa de los órganos del Estado que ejercen el poder legislativo y el poder judicial. En esta forma ha quedado fuera de duda el carácter de acto administrativo de las decisiones de los órganos de la Asamblea Nacional, de rango sublegal, dictadas en función administrativa⁵⁴, por ejemplo, en materia de personal o que puedan afectar a los particulares (policía administrativa de las comisiones, p. ej.); así como de decisiones del propio Tribunal Supremo de Justicia como órgano de gobierno y administración del poder judicial (arts. 267 y ss.) en relación con el estatuto de los magistrados o adoptadas en función normativa (reglamentos de personal, p. ej.), o de los tribunales en general, dictadas en función normativa (reglamentos internos) o en función administrativa, en relación con el personal tribunalicio o en materia de policía de los tribunales (medidas disciplinarias respecto de abogados, p. ej.)⁵⁵. Igualmente, no hay duda alguna del carácter

52 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, "El problema de la definición del acto administrativo", en *Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 25 y ss.

53 Cfr. *id.*, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa en Venezuela*, cit., p. 95.

54 Cfr. p. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 14 de septiembre de 1993, caso Carlos Andrés Pérez, en ALLAN R. BREWER-CARIAS y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 27 y 28. Cfr. además, sentencia del 19 de diciembre de 1974, caso A. Toro, *ibíd.*, p. 468.

55 Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de julio de 1984, caso Alí Quiñones, *Revista de Derecho Público*, n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 122 a 124; y Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 30 de junio de 1986, caso M. J. Alvarado, en BREWER-CARIAS

de actos administrativos de los dictados por los órganos del poder ciudadano y del poder electoral.

Precisamente por este afianzamiento del derecho administrativo y de su aplicación en áreas de actividad pública que escapan de la actuación de los órganos de la Administración Pública que ejercen el poder ejecutivo es que el criterio orgánico para la definición de nuestra disciplina es totalmente inservible como criterio único.

Lo mismo debe decirse de la utilización del sólo criterio funcional relativo al ejercicio de la función administrativa como criterio único para la definición del derecho administrativo, que dejaba fuera del ámbito de su regulación las actuaciones de las administraciones públicas realizadas en ejercicio de la función normativa o de la función jurisdiccional. Los reglamentos, en Venezuela, siempre han sido considerados como actos administrativos dictados en ejercicio de la función normativa del Estado y, por tanto, sometidos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa como actos administrativos de efectos generales. Por ello, a pesar de las dudas que en otros ordenamientos han existido históricamente respecto de la consideración de los reglamentos como actos administrativos, en nuestro país ninguna duda ha existido ni surgido al respecto.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, respecto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos de la Administración Pública, lo cual condujo en algunas ocasiones a la antigua Corte Suprema de Justicia, en unas decisiones de expulsión del derecho administrativo para regir la actividad disciplinaria de la Administración, a considerar que la actividad realizada no era actividad administrativa, sino “jurisdiccional”, no sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Así sucedió, inicialmente, al juzgarse, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la actuación de las comisiones tripartitas en materia de aplicación de la derogada Ley contra Despidos Injustificados⁵⁶—órganos administrativos integrados al Ministerio del Trabajo—, que indudablemente se ejercía en función jurisdiccional. Ello, sin embargo, luego se corrigió por la antigua Corte Suprema de Justicia al considerar que los actos dictados por aquellas comisiones eran actos administrativos “de sustancia jurisdiccional”⁵⁷ regulados por el derecho administrativo. También sucedió ini-

y ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit., p. 433.

56 Cfr. los comentarios a dicha sentencia en BREWER-CARIAS, “El problema de la definición del acto administrativo”, cit., pp. 31 y ss.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, *Revista de Derecho Público*, n.º 1, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 128 a 136.

cialmente, al juzgarse por la misma Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa la actuación en materia disciplinaria del antiguo Consejo de la Judicatura —órgano constitucional con autonomía funcional que conforme a la Constitución de 1961 tenía a su cargo el gobierno y administración del poder judicial—, que indudablemente era ejercida en función jurisdiccional y que —en otra expulsión de áreas de actividad del derecho administrativo— no se consideró como actividad administrativa⁵⁸. Ello también fue corregido posteriormente, y a medias, en virtud de una reforma legal⁵⁹, por lo que la antigua Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, rescató para el derecho administrativo lo que se había expulsado al declarar la inconstitucionalidad de la norma de la derogada Ley del Consejo de la Judicatura que excluía de control contencioso administrativo algún acto en materia disciplinaria respecto de los jueces que, sin duda, era un acto administrativo dictado en función jurisdiccional y sujeto al derecho administrativo⁶⁰.

IV. LA PENETRACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Un aspecto debe especialmente destacarse en este campo del ejercicio de las funciones del Estado, y particularmente de la función administrativa por parte de los órganos del Ejecutivo nacional, en cuyo ejercicio ha venido interviniendo e interfiriendo, en muchos casos, con dudosa constitucionalidad, el poder legislativo. Son múltiples las intervenciones e interferencias que en este campo, y de variada naturaleza, se establecieron en el pasado, en las cuales se produjo una huida de la función administrativa hacia las antiguas cámaras legislativas y sus comisiones. En algunos casos se trató de la participación del órgano legislativo (antiguo Congreso) en el nombramiento de funcionarios públicos en casos no autorizados por la Constitución de 1961, como en cambio sí sucedía —y continúa sucediendo en la Constitución de 1999— con la autorización de la Asamblea Nacional para el nombramiento del Procurador General de la

58 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 26 de marzo de 1985, caso Ruiz Becerra, *Revista de Derecho Público*, n.º 22, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 118 a 143.

59 Mediante la derogada Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial* n.º 36.534 del 8 de septiembre de 1988.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 6 de agosto de 1991, caso Iván Hernández G., *Revista de Derecho Público*, n.º 47, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 107 y 108.

República y los jefes de misiones diplomáticas permanentes (art. 187.14). Así, por ejemplo, en la derogada Ley de Carrera Administrativa, un miembro del directorio de la Oficina Central de Personal lo designaba el Congreso (art. 8.º); en la derogada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el nombramiento del Superintendente de Bancos y del presidente del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria debía ser autorizado por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (arts. 146 y 209); y en la progresivamente derogada Ley de Política Habitacional de 1993 se creó una Junta de Vigilancia integrada por 11 miembros, de los cuales dos eran diputados designados por el antiguo Congreso (art. 67)⁶¹.

En este contexto, en la Constitución de 1999 se han regulado dos únicos supuestos en los cuales se establece la participación de la Asamblea Nacional en la designación de un funcionario que integra la organización general de la Administración Pública. Es el caso, por una parte, de los integrantes del directorio del Banco Central de Venezuela, los cuales representan exclusivamente el interés de la Nación, estableciéndose en la disposición transitoria cuarta de la Constitución que la ley debe establecer que corresponde al poder ejecutivo la designación del presidente del Banco Central de Venezuela y, al menos, de la mitad de sus directores o directoras; y debe establecer “los términos de participación del poder legislativo nacional en la designación y ratificación de estas autoridades”. En tal sentido, la Ley del Banco Central de Venezuela de 2001⁶² estableció que el Presidente del Banco debe ser designado por el Presidente de la República, nombramiento que debe ser ratificado por el voto de la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional (art. 9.º); y en cuanto al resto de los seis directores adicionales que conforman el directorio del Banco, se dispuso que uno debe ser un ministro del área económica; tres deben ser designados por el Presidente de la República, y dos por la Asamblea Nacional (art. 15).

Por otra parte, también es el caso del Superintendente de Protección y Promoción a la Libre Competencia, en cuyo caso la disposición transitoria decimoctava de la Constitución establece que a los fines de asegurar la vigencia de los principios relativos a la proscripción de los monopolios que tienden a evitar los abusos de la posición de dominio en el mercado establecidos en el artículo 113 C., exhortó a la Asamblea Nacional a dictar “una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización que

61 Ley de Política Habitacional, Decreto Ley 3.270, del 30 de noviembre de 1993, *Gaceta Oficial* n.º 4.659, extra., del 15 de diciembre de 1993.

62 *Gaceta Oficial* n.º 5606, extra., del 18 de octubre de 2002.

deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen”; agregando expresamente que “la persona que presida o dirija este organismo será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto”.

En otros casos, el régimen de intervención de la Asamblea Nacional para la ejecución de políticas públicas, como la política de privatización, hace de aquella, materialmente, una co-gestora o co-administradora del proceso, al preverse en la Ley de Privatización todo tipo de autorizaciones previas y posteriores en la venta de empresas del Estado⁶³, a pesar de que en la Constitución la intervención del poder legislativo se reduce, en esta materia, a la autorización por la Asamblea al Ejecutivo nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la República (art. 187.12).

En otros casos, como el previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en general los reglamentos de dicha ley, y en particular los decretos presidenciales de aumento de salarios, que son actos típicamente administrativos dictados en ejercicio de la función normativa, deben ser sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional, correspondiéndole decidir la ratificación o suspensión de los decretos “dentro de los 10 días siguientes a la fecha de recepción” (art. 22). Esta previsión legislativa, la cual puede causar múltiples problemas en la política salarial del Estado, fue impugnada por inconstitucional⁶⁴ ante el Tribunal Supremo, cuya la Sala Constitucional en sentencia 1447 del 3 de junio de 2003 (caso Impugnación del artículo 22 de la Ley Orgánica Del Trabajo), sin embargo, la consideró acorde con la Constitución, al estimar que ésta en ningún caso atribuye la función normativa en forma exclusiva al Presidente de la República, y que es más bien el legislador el que al tener potestad normativa exclusiva en materia de regulación y limitación de los derechos constitucionales (como los laborales) puede asignar la potestad reglamentaria al Ejecutivo nacional, estableciendo el control parlamentario sobre los reglamentos. En definitiva, en la sentencia, la Sala Constitucional resolvió:

En vista de que el Ejecutivo nacional no dispone de un poder constitucional originario para intervenir en tales materias, pues son de reserva legal, el legislador pudo prever que tales poderes correspondiesen directamente al órgano parlamentario. Sin embargo

63 Artículo 10.º, Ley de Privatización, *Gaceta Oficial* n.º 5.199, extra., del 30 de diciembre de 1997.

64 Ley Orgánica del Trabajo, *Gaceta Oficial* n.º 5.152, extra., del 19 de junio de 1997. Cfr. CARLOS AYALA CORAO, “Inconstitucionalidad de la fijación del salario mínimo nacional obligatorio en base al artículo 26 de la Ley del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 74, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1990.

no lo hizo, tal vez considerando que la correcta ejecución de esa competencia exige la flexibilidad que caracteriza la actuación de la Administración. Ello no significa, en todo caso, que el Ejecutivo nacional asumiese una potestad que le fuese exclusiva. Al contrario, así como el legislador asignó al Ejecutivo nacional la potestad para dictar Decretos en los aspectos mencionados, también pudo válidamente establecer que los Decretos dictados fueren sometidos a cierta forma de control, tal como en efecto se hizo en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En criterio de esta Sala, no es necesario que ese control esté establecido expresamente en la Constitución —tal como lo afirmaron los recurrentes—, por cuanto su exigencia no vulnera el ejercicio de ningún poder constitucional propio del Ejecutivo nacional. Al contrario, se ha indicado insistentemente que el Ejecutivo carece de poderes originarios en la materia, disponiendo sólo de aquellos que le atribuye la ley⁶⁵.

V. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA ACTUACIONES DE PERSONAS JURÍDICAS NO ESTATALES

El derecho administrativo, como se ha dicho, es esencialmente el derecho de la Administración Pública, es decir, fundamentalmente el derecho que regula las entidades *estatales* de derecho público o de derecho privado (*Segunda parte*, § 5 y ss.). Sin embargo, si bien ese es el campo natural o común del derecho administrativo, éste, al regular también el ejercicio de la función administrativa del Estado, ha penetrado en el ámbito de la actuación de personas jurídicas *no estatales*, es decir, que no forman parte de la organización general del Estado ni del sector público, pero que en virtud de ley realizan actuaciones que ejercen la función administrativa y que, en definitiva, constituyen ejercicio del poder público.

Esta penetración o proyección del derecho administrativo hacia la actuación de personas jurídicas no estatales se ha producido, en primer lugar, cuando las mismas han sido dotadas por ley con formas jurídicas de derecho público, lo que se da normalmente en las corporaciones de carácter público, es decir, las personas jurídicas que tienen básicamente un sustrato personal como objeto de protección y que cumplen tareas públicas fuera de la organización del Estado. Es el caso, ante todo, de las comunidades públicas, como las comunidades académicas, es decir, de las academias nacionales, que han sido creadas por ley como corporaciones de carácter público no estatales, con funciones científicas y de asesoría en sus áreas de actuación específica: Medicina, Historia, Lengua,

65 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.ºs 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 186 y ss.; y 379 y ss.

Ciencias Políticas y Sociales, Ciencias Físicas y Matemáticas, Economía⁶⁶. Las academias no forman parte de la organización general del Estado, no dependen de ningún órgano administrativo ni están sometidas a ningún tipo de control de tutela o administrativo de los órganos estatales; sin perjuicio de que puedan ser objeto de control fiscal de acuerdo a la Contraloría General de la República con motivo de recibir subvenciones de parte del Estado a través del presupuesto de Ministerio de Educación.

Las otras corporaciones públicas no estatales sometidas al derecho administrativo son los colegios profesionales, integrados todos por particulares que ejercen profesiones liberales, y constituidos como personas jurídicas de derecho público no estatales, sea establecidas por ley directamente o en virtud de la ley, a los efectos del control y ordenación del ejercicio de dichas profesiones liberales y en virtud de la colegiación obligatoria que las leyes respectivas han establecido conforme al artículo 105 C.⁶⁷. En dichas leyes, en particular, al igual que para las academias nacionales, se ha concebido a los colegios profesionales como corporaciones de carácter público no sujetas a ningún tipo de control de tutela de parte de entidades públicas; pero a diferencia de las academias nacionales, por las atribuciones que tienen, las leyes han dotado a los colegios profesionales de potestades normativas, reguladoras, disciplinarias y sancionatorias que ejercen respecto de los particulares colegiados, como parte del poder público y de funciones del Estado. En tal virtud, aun no siendo personas estatales, ni parte de las administraciones públicas, el derecho que les es normalmente aplicable es el derecho administrativo, considerándose los actos dictados por dichas

66 Cfr. las siguientes leyes de academias: Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, Ley del 19 de junio de 1917, *Gaceta Oficial* n.º 13.181; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ley del 30 de junio de 1924, *Gaceta Oficial* n.º 15.361; Academia Nacional de la Historia, Decreto del 28 de octubre de 1888; Academia Nacional de Medicina, Ley del 1.º de agosto de 1941, *Gaceta Oficial* n.º 20.557; Academia Venezolana correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua, Decreto del 10 de abril de 1883; Academia de Ciencias Económicas, Ley del 24 de agosto de 1983, *Gaceta Oficial* n.º 32.796.

67 Cfr. las siguientes leyes de colegios profesionales: Ley de Abogados, *Gaceta Oficial* n.º 1.081, extra., del 23 de enero de 1967; Ley de Ejercicio de Bioanálisis, *Gaceta Oficial* n.º 30.160 del 23 de julio de 1973; Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, *Gaceta Oficial* n.º 30.273 del 5 de diciembre de 1973; Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, *Gaceta Oficial* n.º 29.687 del 15 de diciembre de 1971; Ley de Ejercicio de la Farmacia, *Gaceta Oficial* n.º 16.551 del 7 de julio de 1928; Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines, *Gaceta Oficial* n.º 25.822 del 26 de noviembre de 1958; Ley de Ejercicio de la Medicina, *Gaceta Oficial* n.º 30.766 del 12 de agosto de 1975; Ley de Ejercicio de la Odontología, *Gaceta Oficial* n.º 29.288 del 10 de agosto de 1970; Ley de Ejercicio del Periodismo, *Gaceta Oficial* n.º 29.887 del 23 de agosto de 1972; Ley de Ejercicio de la Psicología, *Gaceta Oficial* n.º 2.306 del 11 de septiembre de 1978; y Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria, *Gaceta Oficial* n.º 28.737 del 24 de septiembre de 1968.

corporaciones en ejercicio de las facultades de control profesional como actos administrativos, sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Además, en particular sobre los colegios profesionales, dado el carácter de gremios profesionales, la Constitución ha atribuido al poder electoral la competencia de organizar sus elecciones (art. 293.6).

Pero la penetración más importante del derecho administrativo hacia el campo de las personas jurídicas no estatales se ha producido respecto de personas de derecho privado constituidas y dirigidas por particulares, que no forman de manera alguna parte de la organización general del Estado, pero a las cuales la ley les ha atribuido la gestión de la prestación de un servicio público o la ordenación de actividades privadas de interés general. En estos casos y con motivo de estas tareas, esas entidades se encuentran sometidas al derecho administrativo, incluso en la regulación del personal al servicio de las mismas. En este sentido debe destacarse el caso de las universidades privadas, respecto de las cuales la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que “al intervenir en la gestión de un servicio público y al obligárseles a que apliquen la Ley de Universidades en la ejecución de dicho servicio y en concreto en las designaciones de su personal docente, realizan funciones administrativas. Y ello con independencia de la naturaleza privada de la relación de la prestación de servicios que surge entre la Universidad y el profesor designado”⁶⁸.

En el mismo sentido la jurisprudencia contencioso administrativa, al constatar “la realización por parte de personas jurídicas de derecho privado de actos que supongan la ejecución de competencias de derecho público”, ha considerado como actividad de servicio público al control que ejerce, por ejemplo, una asociación de vecinos en relación con el servicio de abastecimiento de agua de una urbanización, sometida, por tanto, al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁹.

En definitiva, la jurisprudencia contencioso administrativa ha entendido que en estos casos la ley ha “delegado” la función administrativa del Estado por ejemplo en las universidades privadas, que no son universidades nacionales, por

68 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 25, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 112 a 116; del 19 de enero de 1988, caso Ramón Escovar León vs. Universidad Católica Andrés Bello, en BREWER-CARÍAS y ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit., p. 493; y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 23 de noviembre de 1994, caso Universidad José María Vargas (consultada en original); y Corte Suprema de Justicia, Sala Política Administrativa del 7 de julio de 1994, *ibíd.*, p. 503.

69 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de noviembre de 1994, caso Asociación de Vecinos de la Urbanización Guataparó (consultada en original).

lo que se rigen en el ejercicio de las mismas por el derecho administrativo, en especial por las garantías que esta establece en las relaciones entre el Estado y los particulares con relación al debido proceso y al derecho a la defensa.

El mismo proceso de penetración del derecho administrativo hacia la actuación de las personas jurídicas privadas, de derecho privado, se ha venido produciendo incluso respecto de actividades cumplidas por éstas que no constituyen un servicio público, aun cuando por el interés o utilidad general de las mismas han sido objeto de una regulación legal que ha otorgado a entidades privadas básicamente de carácter corporativo el ejercicio de ciertas potestades públicas ordenadoras o disciplinarias en la actividad que gerencian. Así se ha resuelto por la jurisprudencia contencioso administrativa respecto de la Sociedad de Autores y Compositores en relación con el establecimiento de tarifas conforme a la Ley de Derecho de Autor⁷⁰; del Comité Olímpico Venezolano⁷¹ y de las federaciones y asociaciones deportivas, como la Asociación de Tiro del Distrito Federal⁷², en relación con la actividad disciplinaria y sancionadora que realizan conforme a la Ley del Deporte.

En estos casos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha considerado que “las entidades deportivas previstas en la Ley del Deporte, cuando dictan actos sancionatorios en uso de la potestad que les ha conferido la misma ley, se comportan ante sus integrantes en un plano de supremacía, es decir, de autoridad, que ubica a los referidos actos dentro del marco del derecho administrativo y los hace formar parte del objeto del control ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa”⁷³.

VI. LA FÁCTICA “PRIVATIZACIÓN” DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Una de las técnicas de regulación más clásicas del derecho administrativo, y que pone de manifiesto el ejercicio del poder público para el cumplimiento de las

70 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de marzo de 1984 y 18 de febrero de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 18, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 177 a 178, y n.º 25, 1986, pp. 131 a 132.

71 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de mayo de 1984 (consultada en original).

72 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 1986, en BREWER-CARIÁS y ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit., p. 479.

73 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de agosto de 1993, caso Liga de Fútbol Profesional de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 398 a 399.

tareas que tiene asignado el Estado, es el de la reserva de ciertas actividades al Estado, que este asume a veces en forma exclusiva y excluyente, y otras veces, sin dejar de ser exclusiva, sin excluir la posibilidad de la participación de los particulares en su realización, generalmente mediante concesión.

De las formas de la actividad administrativa, aquellas en las cuales siempre se da la figura de la reserva son la policía administrativa y los servicios públicos propiamente dichos.

En efecto, la policía administrativa es la actividad del Estado mediante la cual se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades y el mantenimiento del orden público y social, lo cual implica, siempre, para lograr dicho objetivo, la posibilidad tanto de limitación o restricción de la actividad de los particulares como del uso de la fuerza coactiva. El régimen jurídico de la policía administrativa, en todas las áreas de actuación del Estado es materia de reserva legal, pues implica limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas para garantizar su ejercicio por todos y el orden público y social. Además, el uso de los medios coactivos, es decir, de la fuerza pública, para precisamente garantizar, para todos, el ejercicio y goce de los derechos y libertades constitucionales y para mantener y restablecer el orden público o social, es un monopolio del Estado. En otras palabras, la policía administrativa, como actividad, está reservada al Estado no sólo en cuanto al uso de la fuerza pública, sino respecto a la existencia de la fuerza pública en sí misma. Por ello, la Constitución no sólo atribuye a los entes político territoriales competencia expresa en materia de policía nacional, estatal y municipal (arts. 156.6, 164.6 y 178.7), configurándose la función de los órganos de seguridad ciudadana como una materia de competencia concurrente (art. 332).

Hay por tanto fuerzas de policía nacionales, estatales y municipales a las cuales se ha atribuido el uso de la fuerza pública en forma exclusiva y excluyente. Es decir, la policía administrativa es una actividad y una fuerza reservada al Estado, en sus tres niveles territoriales, lo que significa atribución exclusiva, en el sentido de que sólo corresponde al Estado como tarea y obligación esencial y en este caso de la policía, además, como atribución excluyente, en el sentido de que sólo el Estado puede organizar el uso de la fuerza pública, particularmente en materia de orden público general, de tranquilidad, seguridad, moralidad y salubridad en la calle⁷⁴, no pudiendo los particulares establecer fuerzas, con

74 Como dice la antigua Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito Federal en su artículo 1.º: "La Policía municipal es el ramo de la Administración Pública que tiene por objeto garantizar la seguridad, tanto de las personas como de la propiedad, la moralidad, salubridad y el orden público en el Distrito Federal".

armas, para realizar actividades de policía. Ello es campo esencial del derecho administrativo, particularmente por las garantías que este prevé respecto de los derechos de los individuos en relación con la actividad policial, que es actividad que se traduce en actos administrativos, sometidos a control de la jurisdicción contencioso administrativa⁷⁵.

Sin embargo, la desatención progresiva por parte del Estado venezolano de las tareas de seguridad y orden público, y la exigencia ciudadana por mayor seguridad personal, ha conducido a la aparición progresiva de unos “servicios de vigilancia privada”, primero, de hecho, y luego, objeto de una reglamentación que fue establecida a partir del Reglamento de los Servicios Privados de Vigilancia, Protección e Investigación de 1975⁷⁶.

En este reglamento se reguló, entonces, el ejercicio por particulares de la función policial en las áreas de servicios de vigilancia y protección de propiedades; de traslado y custodia de valores, y de investigación sobre personas y bienes, precisándose sólo respecto de estos últimos que “en ningún caso podrán afectar los derechos y garantías de los ciudadanos establecidos en la Constitución y las leyes, ni interferir las funciones de investigación del Estado” (art. 2.º).

El reglamento citado previó la necesidad de una autorización para la prestación privada de estos servicios de policía, estableciendo normas sobre uso de armas, la contratación de personal y el ejercicio de potestades de control, inspección y fiscalización por parte del Ministerio de Relaciones Interiores. Además, en el reglamento se previó la posibilidad de que el Ministerio de Relaciones Interiores pudiera disponer, por razones de seguridad, el despido de cualquier persona contratada por los servicios privados de vigilancia, protección e investigación (art. 36); se estableció la obligación de los mismos de informar a las autoridades de policía cuando tengan conocimiento de la comisión de hechos punibles y de denunciarlos cuando sean de acción pública (arts. 24 y 34), y se previó en general:

Artículo 35. En caso de guerra, perturbación del orden público, calamidades públicas u otras emergencias graves, las personas autorizadas para prestar los servicios aquí reglamentados, pondrán su personal, instalaciones, equipos, armas e implementos a la orden del Ejecutivo nacional, según él le indique, por el tiempo que sea necesario y mientras se mantengan las causas que hubieren provocado la medida.

75 Son de destacar las normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía establecidas en el Decreto 3.179 del 7 de octubre de 1993 contenido del Reglamento de Coordinación de los Servicios de Policía y sobre normas de conducta de los miembros de los cuerpos de policía, *Gaceta Oficial* n.º 35.317 del 14 de octubre de 1993.

76 Decreto 699 del 14 de enero de 1975, *Gaceta Oficial* n.º 30.597 del 14 de enero de 1975.

De esto resulta ni más ni menos que la realización, por parte de particulares, de actividades de policía administrativa que han sido atribuidas en forma exclusiva y excluyente al Estado, rompiéndose así el monopolio del Estado en el uso de la fuerza pública, lo que llevó en su momento al gobernador del antiguo Distrito Federal en Caracas, por ejemplo, a tener que atribuir a los vigilantes privados y a los transportistas de valores al servicio de las empresas privadas de vigilancia, protección de propiedades y custodia y traslado de valores, “el carácter de auxiliares *ad honorem* de la Policía Metropolitana”, motivo por el cual se les impusieron deberes adicionales de policía administrativa⁷⁷.

En esta forma, hemos estado en presencia de cuerpos armados de vigilancia y protección privados con funciones de policía administrativa, es decir, “policías administrativas privadas” no previstas ni en las leyes nacionales o estatales ni en las ordenanzas municipales, que han roto el carácter excluyente y monopólico del uso de la fuerza pública por el Estado. Ello ha significado un escape fáctico del derecho administrativo, pues quienes han cumplido dichos servicios ni son funcionarios públicos ni sus actuaciones pueden considerarse como de carácter administrativo siendo el único “lazo” con el sector público el establecido en una resolución que les asignó el carácter de funcionarios auxiliares *ad honorem* de la Policía Metropolitana y que regía sólo en una parte de la ciudad de Caracas.

Así, la policía administrativa se “privatizó”, es decir, se desarrolló una policía administrativa privada, con el consiguiente relajamiento de la reserva al Estado del uso de la fuerza pública y de las actividades de seguridad pública, y la consecuencial huida del derecho administrativo.

Un fenómeno similar se puede constatar en el campo de los servicios públicos en sentido propio, cuya existencia misma es consecuencia de la reserva que el Estado se hace respecto de determinadas actividades prestacionales para la satisfacción de necesidades colectivas, que la Constitución o la ley le imponen como obligación. El servicio público, por tanto, no es otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva, lo que hace que esta

77 El artículo 1.º de la resolución 44 del 30 de enero de 1992, impuso a los mismos los deberes de “vigilancia general sobre los bienes bajo su custodia”; de “protección a las personas y a las propiedades donde prestan sus servicios”; de “impedir la comisión de hechos delictivos durante su horario de labores y en su lugar de trabajo”; de “cooperar con los cuerpos de seguridad y orden público poniendo en conocimiento de la autoridad competente más cercana los hechos ilícitos que se estén perpetrando”; o “aprehender y poner a la disposición de dichos cuerpos la persona sorprendida *in fraganti* cometiendo actos delictivos, conjuntamente con los objetos con que haya cometido o intentado cometer el delito y que sirvan para comprobar su perpetración, así como preservar el sitio del suceso”; y de “prestar su colaboración a las autoridades de tránsito, no permitiendo el estacionamiento de vehículos en el espacio denominado zona bancaria”; *Gaceta Oficial* n.º 34.989 del 6 de febrero de 1992.

sea una de las clásicas formas de la actividad administrativa⁷⁸. Pero por supuesto, con gran frecuencia la Constitución y la ley califican una actividad como servicio público, y la misma no es exclusiva del Estado, como el de salud o educación, en cuya prestación participan los particulares, en ejercicio de su libertad económica, co-prestándolo, sometidos sólo a controles públicos (licencias, registros).

Ahora bien, los servicios públicos propiamente dichos, como reservados al Estado, pueden ser exclusivos y excluyentes, cuando la prestación del servicio público se establece como una reserva absoluta a cargo del Estado, en la cual se excluye a los particulares; o pueden ser de carácter exclusivo pero no excluyente, los cuales, si bien implican una reserva al Estado, sin embargo los particulares pueden prestarlos mediante concesión, como sucede, por ejemplo, con todos los servicios públicos domiciliarios y municipales regulados en la Constitución (art. 178) y en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁷⁹.

En materia de servicios públicos exclusivos no excluyentes, la “privatización” de los mismos, como política del Estado, se concreta en la concesión de la prestación de los mismos a los particulares, mediante concesiones administrativas⁸⁰. Sin embargo, esta privatización se reduce al titular de la prestación, pero no al régimen de la misma, el cual, mediante la figura de las concesiones administrativas de servicios públicos, sigue siendo un régimen típicamente de derecho administrativo.

El problema, en este campo, se plantea en aquellos casos en los cuales se ha producido la privatización de un servicio público, que a pesar de su carácter exclusivo y excluyente se llega a prestar por particulares, de hecho y sin que medie concesión administrativa. En este caso hay no sólo una “privatización” del régimen del servicio público y el relajamiento de la reserva, sino una huida del régimen de derecho administrativo. Es el caso del servicio de correo, que la Ley de Correos, conforme a la tradición precedente, declaró como “prestado exclusivamente por el Estado” (art. 1.º)⁸¹, agregando la ley que creó el Instituto Postal Telegráfico su “carácter público”⁸², estando obligados, por tanto, los particulares a utilizar dichos servicios públicos para el envío de correspondencia⁸³.

78 ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 65 a 71.

79 Artículo 61, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

80 Por ello la Ley de Privatización, *Gaceta Oficial* n.º 4.927, extra., del 30 de junio de 1995, reguló las concesiones de servicios públicos dentro de la política de privatización (art. 1.º).

81 Decreto Ley 474 del 12 de diciembre de 1958, *Gaceta Oficial* n.º 25.841 del 18 de diciembre de 1958.

82 Artículo 1.º de la Ley del Instituto Postal Telegráfico, *Gaceta Oficial* n.º 2.146, extra., del 28 de enero de 1978.

83 Artículo 13 de la Ley de Correos, *Gaceta Oficial* n.º 25.841 del 18 de diciembre de 1958.

La insuficiencia y deficiencia del servicio público de correo, sin embargo, condujo, primero de hecho, y luego con alguna regularización, a la privatización de los servicios de correo, sin concesión. En efecto, el artículo 13.b de la Ley de Correos estableció la posibilidad de que los particulares pudieran ser portadores de correspondencia, entre otros casos, “por estar autorizados, conforme a los Reglamentos, por falta absoluta o poca frecuencia del servicio oficial”; autorización que regulaba el viejo Reglamento de la Ley de Correos de 1938⁸⁴. La verdad fue que de hecho, con o sin dichas autorizaciones, el servicio público de correo se fue privatizando, apareciendo servicios privados de correspondencia paralelos a los públicos, cuya regularización se comenzó a establecer a partir de 1983 mediante el Reglamento sobre Concesión de los Servicios de Correos⁸⁵, que aun cuando sin fundamentación legal expresa alguna, previó que “la prestación de los servicios de correos por empresas privadas, requiere de concesión otorgada por actos unilaterales del IPOSTEL, previa opinión favorable del Ministerio de Transporte y Comunicaciones” (art. 1.º), obligando, por tanto, a “las empresas privadas” que estaban “atendiendo los servicios de correos” hasta esa fecha, a adaptarse a la regulación establecida.

En esta forma, frente a la huida fáctica del servicio de correos del régimen del derecho administrativo, mediante el establecimiento del régimen de concesión de los servicios —y aun con precario fundamento legal, dado el carácter exclusivo y excluyente del mismo—, se recuperó para el derecho administrativo el régimen de un servicio público que fácticamente había sido “privatizado”.

VII. LA INEXISTENCIA DE ACTOS O DE CONTRATOS ESTATALES EXCLUSIVAMENTE DE DERECHO PRIVADO

Como hemos señalado, los órganos de la Administración Pública, en su actividad, se encuentran siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo a la finalidad y naturaleza de la misma.

El derecho administrativo, y por supuesto el constitucional, es el derecho normal y específico de los mismos, de manera que, incluso algunas actividades públicas sólo están sometidas al derecho público; sin embargo, lo contrario nunca se puede dar, es decir, no puede haber actividades de las administraciones públicas que estén sometidas exclusivamente al derecho privado, o sea que no hay actividad administrativa de derecho privado.

84 *Gaceta Oficial*, extra., del 31 de diciembre de 1938.

85 Decreto 2.180 del 28 de julio de 1983, *Gaceta Oficial* n.º 32.784 del 8 de agosto de 1983.

La ficción de la teoría del Fisco, que consideraba al Estado como persona jurídica (Estado-persona) sometida al derecho privado para distinguirla del Estado-poder, que ejercía el poder público y estaba sometido al derecho público⁸⁶, quedó en la prehistoria del derecho administrativo. El Estado, en el constitucionalismo moderno, se personifica en los sujetos de derecho que su forma política implique (en nuestro caso, la forma federal conduce a tres grupos de sujetos de derecho público —la República, los estados y los municipios—), que se derive de su posibilidad de descentralización funcional (personas de derecho público o de derecho privado); y todas esas personas como sujetos de derecho están sometidas tanto al derecho público como al derecho privado, que se les interaplica.

Sin embargo, en ningún caso puede identificarse una persona jurídica estatal que sólo esté sometida al derecho privado, un acto de las entidades estatales que sólo esté sometido al derecho privado, ni un contrato celebrado por los órganos de la Administración Pública sólo sometido al derecho privado. Lo que hay son sujetos de derecho, actos y contratos a los cuales se interaplica el derecho público y el derecho privado, con una preponderancia variable, pero que siempre por su carácter estatal se encuentran sometidos en alguna forma y medida al derecho administrativo.

Por tanto, si bien puede haber actos de las personas jurídicas de derecho público estatales sólo sometidas al derecho público, no puede haber actos de las mismas sólo sometidas al derecho privado. De allí la crítica que hemos formulado a la expulsión que decretó la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia del 18 de julio de 1985, en relación con la naturaleza del Banco Central de Venezuela, respecto de la aplicación del derecho administrativo con relación al funcionamiento de dicho Banco, como persona jurídica de derecho público de naturaleza única (art. 1.º), y cuya existencia, según la Corte, tenía “como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de derecho privado comercial que rige la constitución, organización y desenvolvimiento de las compañías anónimas”⁸⁷. Por ello, en cuanto al acto del Presidente de la República de remoción del presidente del Banco Central de Venezuela, que se realiza mediante decreto, acto que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define esencialmente como acto administrativo (art. 15), la antigua Corte Suprema consideró que se trataba de un acto revocatorio de un administrador de una compañía anónima dada la forma de

86 El vestigio de dicha teoría se conservó en el artículo 1.º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, hasta que fue derogado por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

87 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 24, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 103 a 108.

sociedad anónima del Banco Central de Venezuela, adoptado por el órgano que sustituye a la Asamblea del Banco por lo que respecta a la provisión de los cargos del directorio del mismo, concluyendo entonces:

En ejercicio pues de una potestad de derecho privado, como órgano sustitutivo de la asamblea en virtud de la Ley del Banco Central de Venezuela –que tiene jurídicamente el mismo valor que el contrato constitutivo de la sociedad (artículo 84 de la Ley de 1939)–, el Presidente de la República revocó la designación del Presidente del Instituto que en uso de la misma facultad había efectuado su antecesor en el cargo (artículo 19 de la Ley vigente).

El empleo de la forma de Decreto para ejercer dicha facultad no era necesaria, porque, como se ha dicho, *no constituyen actos administrativos estatales*, ni la designación ni la revocación. *Pero se trata de un elemento puramente externo que en nada puede desnaturalizar la esencia del acto de derecho privado ejecutado por el Presidente de la República*⁸⁸.

En esta forma, el decreto presidencial de remoción del presidente del instituto emisor y contralor del crédito y de la estabilidad monetaria en el país, que por sobre todo es un funcionario público y que ejerce potestades públicas la antigua Corte Suprema lo consideró, de un plumazo, como un mero “acto de derecho privado” y le quitó todo carácter de acto administrativo estatal, y todo para excluirlo de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por eso hemos dicho que esta sentencia, al menos como la calificó el voto salvado, fue “errada” e “incongruente”, pues no puede haber actos de órganos del Estado –como el Presidente de la República– sólo regidos por el derecho privado; y menos un decreto del Jefe del Ejecutivo nacional.

Lo mismo puede señalarse respecto de los contratos de la Administración Pública, en el sentido de que no puede haber contratos de derecho privado de los entes públicos que se diferencien respecto de los contratos administrativos⁸⁹. Puede haber, y los hay, contratos del Estado que por su objeto se considera que tienen, a priori, por ejemplo, el contrato de obra pública o la concesión de servicio público, un régimen preponderantemente de derecho público; y otros, un régimen preponderante de derecho privado, como el contrato de suministro de bienes no esenciales, al funcionamiento del Estado pero nunca puede haber un contrato del Estado sometido únicamente al derecho privado. Ello es una

88 Ídem.

89 Cfr. BREWER-CARÍAS, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, cit., pp. 41 y ss. Cfr. además lo expuesto en JORGE VÉLEZ GARCÍA y ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Contratación estatal, derecho administrativo y Constitución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995, pp. 29 y ss.

imposibilidad esencial, pues al igual que el acto administrativo unilateral, el acto bilateral de un órgano estatal está sometido a normas de competencia y formalidades, en este caso, por ejemplo, de selección de contratistas (licitación), que forman parte del derecho administrativo que les es aplicable.

Por ello hemos cuestionado la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, como si estos últimos sólo estuviesen sometidos a normas de derecho privado, lo cual es imposible, pues todos los contratos de la Administración están sometidos al derecho administrativo, aun cuando pueda considerarse, a priori, que preponderantemente se les aplica el derecho privado. Por ello, la distinción no tenía ninguna justificación en el país, hasta que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de 1976 acogió la noción de contrato administrativo para asignar a la Sala Político Administrativa de la Corte competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo de “la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución” de los mismos (art. 42); norma que si bien se repite en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁹⁰, con la atribución de la competencia a los otros tribunales de la jurisdicción según la cuantía, la distinción carece ahora de utilidad⁹¹.

En todo caso, la norma legal, por supuesto, ha sido objeto de aplicación en múltiples casos, y varias han sido las decisiones del Supremo Tribunal para identificar a los contratos administrativos, habiéndose acogido como criterio, además del objeto vinculado a un servicio público—la verdad es que, en nuestro criterio, parecería imposible no encontrar algún contrato de la Administración en una u otra forma vinculado a un servicio público—, la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, que crearen situaciones de privilegio a favor de la Administración contratante, como serían las que le permiten dirigir y controlar la ejecución del contrato, modificarlo unilateralmente; con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico del contrato, y rescindirlo unilateralmente, las cuales, como lo consideró la antigua Corte Suprema, “podrían incluso ser implícitas, es decir, no figurar en forma expresa en el texto del contrato, y sin embargo, considerarse presentes en el mismo

90 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 37942 del 19 de mayo de 2004.

91 Cfr. lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, conferencia dictada en el Seminario sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Monteávila, Caracas, 9 de diciembre de 2004, en [www.allanbrewercarias.com]. (Documentos 2004). Cfr. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, “¿Subsiste la tesis de los contratos administrativos en la interpretación jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?”, *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caaracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 369 y ss.

por estar consustanciadas con la naturaleza de la relación jurídica creada”. En palabras de la antigua Corte, implícita o expresamente dichas cláusulas están “en los casos en los cuales este poder de supremacía de la Administración se pone de manifiesto justificado por la necesidad de proteger el interés jurídico en forma especial confiado a su competencia”⁹².

Por eso, en definitiva, un contrato de la Administración, aun con régimen inicial preponderantemente de derecho privado, podría pasar a ser un “contrato administrativo” y, por tanto, con “régimen preeminentemente de derecho público”⁹³, si la Administración, por razones de interés general, decide hacer uso de las cláusulas exorbitantes implícitas; razón por la cual la categoría de “contrato administrativo”, en definitiva, es una categoría *ex post facto*, cuya existencia misma depende de la voluntad de la Administración⁹⁴.

De cualquier forma, sea cual sea el contrato de la Administración en cuanto al régimen jurídico que le es aplicable —preponderantemente de derecho público o de derecho privado—, la tendencia legislativa es a regularlo uniformemente desde el punto de vista del derecho administrativo, por ejemplo, estableciendo un régimen común para la selección de los contratistas en la Ley de Licitaciones, de aplicación general, incluso para la Administración descentralizada⁹⁵; y para el ejercicio del control fiscal de los compromisos financieros por parte de la Contraloría General de la República⁹⁶.

En estos casos, aun tratándose de contratos que deban ser suscritos por personas jurídicas de derecho privado estatales, la exigencia de la aplicación a los mismos del procedimiento de selección previsto en la Ley de Licitaciones conduce a que se estime que los entes de derecho privado mencionados actúan en función administrativa, originando relaciones jurídico administrativas sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 6 de agosto de 1996 (caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní vs. CVG-Edelca) ha señalado:

Todos los procedimientos de selección de contratistas que conforme a esa Ley se apliquen, tienen la naturaleza de procedimientos administrativos, aun cuando se trate

92 Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 27 de enero de 1993, caso Hotel Isla de Coche II, en BREWER-CARIÁS y ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, cit., p. 194.

93 Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 17 de noviembre de 1994 (consultada en original).

94 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIÁS, *Contratos administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992.

95 Artículo 2.º de la Ley de Licitaciones, *Gaceta Oficial* n.º 5.556, extra., del 13 de noviembre de 2001.

96 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley n.º 59, *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

de aquellos procedimientos especiales que la propia Ley autoriza, en los casos en que exceptúa la aplicación de los regulados en ella. En efecto, cuando una Ley obliga a los sujetos a los cuales se aplica, a utilizar un procedimiento para la selección de sus contratistas, sea cual fuere la naturaleza del contrato que en definitiva se vaya a celebrar, sea cual fuere el tipo de procedimiento aplicable, es obvio que los mismos dan origen a relaciones jurídico-administrativas, sujetas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa⁹⁷.

Por lo demás, el régimen común a todos los contratos de la Administración parte de la noción de “contratos de interés público” que consagra la Constitución, que pueden ser de interés público nacional, estatal o municipal, no en cuanto a su objeto y naturaleza, sino en cuanto a que sean suscritos por entidades que formen parte de la Administración Pública nacional—incluso la descentralizada con forma de derecho privado, como las empresas del Estado—, de la Administración Pública estatal o de la Administración Pública municipal, respectivamente⁹⁸.

VIII. LA PUBLICIZACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO PRIVADO

El proceso de intervención del Estado en la economía, mediante potestades reguladoras u ordenadoras de la misma, antes que mostrar una huida de regulación del derecho administrativo, más bien lo que muestra es un proceso de publicización de campos de actividad que en su origen estaban sólo regulados por el derecho privado.

En esta forma, el derecho administrativo fue penetrando progresivamente en el campo que era propio del derecho civil o mercantil, con particulares incidencias en la autonomía de la voluntad contractual. La primera de estas penetraciones importantes ocurrió en los años cuarenta con la regulación de los arrendamientos urbanos, régimen que desembocó en la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, mediante la cual se permitió a la Administración interferir en una parte tan medular de los contratos de arrendamiento como la fijación del canon o la terminación de los mismos, al regularse las causales de desalojo y el derecho de preferencia del arrendador a continuar arrendando el inmueble⁹⁹.

97 Consultada en original.

98 Artículos 150 y 151 C. de 1999. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa” en *Estudios de derecho público (Labor en el Senado)*, t. I, Caracas, Congreso Nacional, 1983, pp. 183 y ss.

99 Ley de Regulación de Alquileres, *Gaceta Oficial* n.º 26.319 del 1.º de agosto de 1960. Dicha ley fue derogada por la Ley sobre Arrendamientos Inmobiliarios de 1999, Decreto Ley 427, *Gaceta Oficial* n.º 36.845 del 7 de diciembre de 1999.

La Administración Pública, en esta forma, intervino en la relación contractual mediante actos administrativos, la mayoría dictados en función jurisdiccional, cuyo control incluso dio origen a una jurisdicción contencioso administrativa especial —el tribunal de inquilinato— que luego se integró en la jurisdicción contencioso administrativa general¹⁰⁰.

Por otra parte, la intervención progresiva del Estado en la regulación del régimen de los bancos y otras instituciones financieras¹⁰¹ y de las empresas de seguro¹⁰² ha hecho del derecho comercial bancario o de seguros mitad derecho público, mitad derecho privado, dado el amplio poder que se ha atribuido a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Seguros en el control de las actividades, y que ha llevado a dichos organismos, en algunos casos, a calificar y desnaturalizar contratos como consecuencia de su intervención, lo cual incluso ha sido corregido por la jurisprudencia contencioso administrativa¹⁰³.

Otro tanto debe señalarse respecto de las regulaciones relativas a los títulos valores, otrora materia exclusivamente regulada por el Código de Comercio, y que con la promulgación de la Ley de Mercado de Capitales y la regulación de las bolsas de valores¹⁰⁴ ha dado origen, incluso, a un derecho público del mercado de valores¹⁰⁵. La Comisión Nacional de Valores, en el cumplimiento de sus atribuciones, con frecuencia las ejerce en función jurisdiccional, habiendo llegado en su intervención a penetrar en la autonomía empresarial y contractual a veces más allá de lo permitido, calificando actos y acciones en forma distinta a lo establecido por las partes, lo que ha sido objeto de control contencioso administrativo¹⁰⁶.

100 Cfr. resolución 861 del 9 de mayo de 1991 del antiguo Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial* n.º 34.775 del 13 de agosto de 1991.

101 Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Decreto Ley 1.526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555, extra., del 13 de noviembre de 2001.

102 Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, Decreto Ley 1.545, *Gaceta Oficial* n.º 5.561, extra., del 28 de noviembre de 2001; Ley del Contrato de Seguro, Decreto Ley 1.505, *Gaceta Oficial* n.º 5.553, extra., del 12 de noviembre de 2001.

103 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 15 de junio de 1994, caso Banco Hipotecario Unido (consultada en original).

104 Ley de Mercado de Capitales del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial* n.º 36.565 del 22 de octubre de 1998.

105 Cfr. ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, *Derecho público del mercado de valores*, Madrid, 1989; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El régimen legal de las ofertas públicas de adquisición de acciones y de toma de control de empresas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001.

106 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *El caso del Banco de Venezuela*, t. 1, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995.

Por último, en este proceso progresivo de publicización del derecho privado, debe mencionarse el régimen legal de promoción y protección de la libre competencia¹⁰⁷, ahora de rango constitucional (art. 113), que atribuye a la Superintendencia de Promoción y Protección a la Libre Competencia amplios poderes de control y decisión sobre conductas y cláusulas contractuales que puedan ser anticompetitivas y contrarias a la ley, los que ejerce en función jurisdiccional. La consecuencia de la declaración por la Superintendencia del carácter restrictivo de la libre competencia de determinada cláusula contractual es la consideración *ex lege* de su nulidad (art. 57), quedando dicha materia fuera de la jurisdicción de los tribunales mercantiles, como lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa¹⁰⁸.

En esta forma, lejos de perder áreas de regulación, el derecho administrativo ha venido penetrando progresivamente en campos tradicionales del derecho privado, más allá de las clásicas actividades de la llamada “administración del derecho privado” como podían ser, por ejemplo, las relativas al régimen del registro público inmobiliario¹⁰⁹.

IX. LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Un último aspecto debe destacarse en cuanto al proceso de penetración del derecho administrativo en áreas tradicionales del derecho privado, y es el relativo a la configuración del régimen de la responsabilidad administrativa, tema de primera importancia en nuestra disciplina y que a pesar de su constitucionalización en el artículo 140 C. de 1999 no ha tenido un desarrollo autónomo¹¹⁰.

Cuando nos ocupamos por primera vez del tema hace más de cuatro décadas y conforme a la situación de la época de nuestro ordenamiento jurídico aplicado por la antigua Corte Suprema, distinguimos entre la responsabilidad de la

107 Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, *Gaceta Oficial* n.º 34.880 del 13 de enero de 1992. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS et ál., *Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996.

108 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 29 de mayo de 1996, caso Heinz-Kraft (consultada en original).

109 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “La impugnación de los actos administrativos de registro ante la jurisdicción contencioso administrativa”, *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 459 y ss.

110 Cfr. LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1995; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*, Caracas, 2004.

Administración por falta o riesgo regida por los principios del Código Civil, y la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los daños causados por sus actividades lícitas¹¹¹ que aquellos no estaban obligados a soportar, incluyendo la expropiación, los cuales significaban la ruptura del principio de la igualdad ante las cargas públicas. El tema ha sido estudiado por todos los que se han ocupado del derecho administrativo desde que en el famoso *arrêt* Blanco del 8 de febrero de 1873 el Tribunal de Conflictos de Francia estableció:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es general, ni absoluta; que ella tiene sus reglas propias que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados¹¹².

Por tanto, pregonar como pieza esencial del derecho administrativo un régimen propio de la responsabilidad administrativa es tan viejo como el derecho administrativo mismo. Pero este, en cada país, se ha ido moldeando conforme a las normas y principios del ordenamiento aplicable por los tribunales; y la verdad es que en esta materia la jurisprudencia contencioso administrativa había sido relativamente escasa en cuanto a la configuración del régimen de la responsabilidad¹¹³. Sólo ha sido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo han venido avanzando en ello, tal como se ha analizado anteriormente (*Introducción general*, XII).

De ello, lo que interesa retener aquí es que en cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, por supuesto, sigue rigiendo el derecho civil; y lo mismo se puede decir de la responsabilidad por riesgo. En cuanto a la responsabilidad por daños causados por actividades legítimas y lícitas, en su regulación ha penetrado el derecho administrativo, no sólo desde antaño con la figura de la expropiación que tiene individualidad propia¹¹⁴, sino con las previsiones de la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio¹¹⁵.

111 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 417 y ss.

112 M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBART, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 1990, p. 15.

113 Cfr. ORTIZ ÁLVAREZ, ob. cit.

114 Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, *Gaceta Oficial* n.º 37.475 del 1.º de julio de 2002. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS et ál., *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002.

115 *Gaceta Oficial* n.º 3.238, extra., del 11 de agosto de 1983.

En esta forma, el derecho administrativo, en la configuración de la responsabilidad del Estado, conforme a la orientación del derecho comparado y aun tardíamente, ha penetrado definitivamente en el derecho privado y, sin dejar de aplicarse las normas del Código Civil para exigir la responsabilidad administrativa con falta, ha impuesto sus propias normas y principios respecto de la responsabilidad administrativa sin falta originada en actuaciones lícitas, pero sin que de ello pueda derivarse que se haya establecido un régimen general de responsabilidad objetiva general del Estado¹¹⁶, o que la responsabilidad administrativa esté regida exclusivamente por el derecho administrativo.

X. LA EXPANSIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como puede apreciarse de todo lo anteriormente señalado, en el proceso de freno o detención de la huida del derecho administrativo, de recuperación de áreas de regulación perdidas y de afianzamiento de su estatuto, el papel más importante en el mismo lo han desempeñado los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los cuales han pasado a ser, como lo exige la Constitución, jueces de todas las administraciones públicas.

En efecto, como hemos señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido moldeando el régimen jurídico aplicable a las organizaciones estatales tanto con formas de derecho privado como con forma de derecho público, lo que se evidencia con la tendencia integradora del sector público y de su sometimiento completo a normas de derecho público. Por ello, ha sido frecuente el control ejercido por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con actos administrativos adoptados por empresas del Estado, constituyendo este sólo hecho de que se consideren como actos administrativos decisiones dictadas por personas jurídicas de derecho privado mercantil, una reacción recuperadora importante respecto de áreas que rige el derecho administrativo¹¹⁷.

En otros casos, sobre la reacción recuperadora del derecho administrativo, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, los que han quitado el velo de la personalidad jurídica de derecho privado

¹¹⁶ Como lo ha dicho la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 15 de junio de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 241 y ss.

¹¹⁷ Por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró como acto administrativo los adoptados por empresas del Estado en aplicación del procedimiento licitatorio regulado en la Ley de Licitaciones; cfr. sentencia del 6 de agosto de 1996, caso Consorcio Hidroeléctrico Caroní vs. CVG Edelca (consultada en original).

otorgado a una organización administrativa, que por las funciones y poderes que le fueron atribuidas era más un instituto autónomo que una fundación del Estado y, por tanto, sujeto al derecho administrativo con más preponderancia de lo que había sido la intención al crearla¹¹⁸.

En el campo de la función pública, también, como se ha señalado, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y particularmente del desaparecido Tribunal de la Carrera Administrativa los que, a pesar de la laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos, en algún momento afianzaron el carácter estatutario del régimen, aplicable, incluso, a los funcionarios contratados¹¹⁹.

Por otra parte, han sido los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a pesar de que en casos aislados, como se ha visto, los criterios fueran restrictivos. En todo caso, ha quedado claramente establecido por la jurisprudencia contencioso administrativa que todo acto administrativo puede ser objeto de control contencioso administrativo, por lo que no puede haber actos administrativos que queden excluidos de control¹²⁰. Es la tendencia a la universalidad del control, que hemos destacado en otro lugar¹²¹, lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad los actos administrativos dictados por las administraciones públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa¹²².

Debe destacarse que a pesar de la expansión del contencioso administrativo con relación a su objeto de control y a la presencia del derecho administrativo, hasta el año 2004 no se había constituido en la jurisdicción especial de la Administración Pública. Es decir, la jurisdicción contencioso administrativa no constituía

118 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 15 de julio de 1992, caso Arquímedes Fajardo (consultada en original).

119 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 1994, caso Teófilo Gutiérrez vs. INOS (consultada en original).

120 Cfr., p. ej., la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, del 11 de agosto de 1993 en la cual se afirmó que “la jurisdicción contencioso administrativa [...] abarca, sin excepción, a todos los actos administrativos”, por lo que desaplicó, por inconstitucional, el artículo 519 de la Ley Orgánica del Trabajo que excluía el recurso contencioso administrativo contra las decisiones de los inspectores del trabajo favorables a los sindicatos, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 390.

121 Cfr. BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit., pp. 19 y ss.

122 *Ibid.*, pp. 25 y ss.

un fuero judicial específico del conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y funcionamiento, ni del ejercicio de la función administrativa o de la actividad de la Administrativa Pública del Estado.

En efecto, tal como estaba regulada en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema del Justicia (arts. 42.15, 182.2 y 185.6), la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de demandas contra los entes estatales, sólo se refería a las demandas contra la República y contra los institutos autónomos y las empresas del Estado nacionales¹²³. En esta forma quedaba fuera del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en primera instancia, las demandas contra los estados y municipios y contra los institutos autónomos y empresas del Estado estatales o municipales, aun cuando en segunda instancia conocieran de estas causas los tribunales superiores contencioso administrativos, mediante apelación. Ante estas regulaciones, sin embargo, la forma de penetración de la jurisdicción contencioso administrativa en campos que normalmente le estaban excluidos, como el de las demandas contra los estados y municipios, fue a través de la teoría de los actos separables, lo que permitió someter al conocimiento de la jurisdicción los actos administrativos unilaterales que se podían aislar de una relación jurídica contractual que se hubiera podido concebir como “de derecho privado” y cuyo conocimiento, por tanto, no correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa¹²⁴.

En todo caso, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2004, al reformarse las normas que transitoriamente rigen el contencioso administrativo, puede decirse que se ha buscado configurar a la jurisdicción contencioso administrativa como un fuero de la Administración Pública, en su globalidad, de manera que para que la misma juzgue la actuación de esta no sea necesario acudir a mecanismos indirectos como el señalado. En efecto, en cuanto a las demandas contra los entes públicos, el artículo 5.º, párrafo 1.º, 24 atribuyó a la Sala Político Administrativa competencia para “conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere”. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia 1315 del 8 de septiembre de 2004, además, aplicando el principio de la unidad de compe-

123 Así se había interpretado por los órganos de la jurisdicción al aplicar la expresión “empresas del Estado”, reservando la jurisdicción sólo a las nacionales. Cfr. *ibíd.*, pp. 44 y ss.

124 Cfr., p. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia de 26 de junio de 1990, caso Karl Wuff, *Revista de Derecho Público*, n.º 43, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 97 a 99.

tencia, estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos, cuando sean los entes públicos los demandantes contra particulares¹²⁵.

Pero un aspecto de primera importancia, aun no resuelto totalmente en la jurisprudencia contencioso administrativa misma, es el de que supuestamente los actos administrativos sometidos a conocimiento de los órganos de dicha jurisdicción serían sólo aquellos sujetos al derecho administrativo —como si pudiera haber actos administrativos no sujetos a nuestra disciplina—, lo que ha permitido excluir del conocimiento de ellos actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. El artículo 259 C., que precisa la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para anular los actos administrativos contrarios a derecho, no distingue entre actos administrativos sujetos o no al derecho administrativo, por lo que el sólo planteamiento de esta posibilidad es inconstitucional.

Lamentablemente, en Venezuela, fue la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa la que introdujo el tema, quizás por la inadecuada interpretación del texto del artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española que al definir la competencia de esta la refiere a “las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo”¹²⁶.

Pero una cosa es hablar de “actos de la Administración” y otra de “actos administrativos”. No todos los actos de la Administración están sujetos al derecho administrativo¹²⁷, pero todos los actos administrativos sí están sujetos al derecho administrativo. Lamentablemente las cosas se han mezclado, y la conclusión ha sido que en ciertos casos se ha resuelto que algunos actos administrativos no están sujetos al derecho administrativo.

125 Caso Declinatoria de competencia, Alejandro Ortega O. vs. Banco Industrial de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 99 y 100, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 298 y ss.

126 Cfr., p. ej., la expresa indicación al antecedente español que se hace en la sentencia Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 5 de junio de 1986, caso Fetraeducación, *Revista de Derecho Público*, n.º 27, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 106 y ss. La redacción de la norma española, incluso, influyó en la redacción del artículo 1.º del proyecto de ley de la jurisdicción contencioso administrativa propuesto en la década de los ochenta por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, en el cual se disponía: “La presente Ley regula la jurisdicción contenciosa prevista en el artículo 206 de la Constitución como la encargada de conocer las pretensiones relativas a la legalidad de los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo, así como las pretensiones que se deduzcan contra su actividad legal”, cfr. en *Fortalecimiento del Estado de derecho*, vol. 5, Caracas, Comisión para la Reforma del Estado, 1990, p. 331.

127 Cfr., p. ej., lo resuelto en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 22 de diciembre de 1993, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, p. 206.

En nuestro criterio, no puede haber un acto administrativo que no esté “sujeto al derecho administrativo”, por lo que la definición de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa referida sólo a conocer de actos administrativos sujetos al derecho administrativo, en nuestro criterio, no tiene sentido. Como se ha señalado, la interaplicación del derecho público y del derecho privado a las administraciones públicas es normal en el régimen de estas, con preponderancia de uno u otro, pero lo que no puede darse es un acto administrativo o una Administración Pública que sólo se rijan por el derecho privado.

En una vieja sentencia de 1959, la antigua Corte Federal había precisado que “en toda pretensión que se proponga ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo, debe examinarse previamente si cae dentro de la esfera de esta jurisdicción por estar fundada en preceptos de derecho administrativo; porque ni una pretensión de este tipo puede ser deducida ante jurisdicción distinta, ni una pretensión con otro fundamento podrá ser examinada ante la jurisdicción contencioso administrativa”¹²⁸. Conforme a este criterio, la antigua Corte Suprema de Justicia como órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo, declaró su incompetencia para conocer de un asunto que en definitiva se concretaba a definir la propiedad de unas tierras que habían sido objeto de una decisión municipal¹²⁹, pero nunca dejó de conocer de la impugnación de un acto administrativo por considerar que no estaba sujeto al derecho administrativo.

Pero posteriormente, en una sentencia del 5 de junio de 1986 y tratándose de la impugnación de una resolución del Ministerio de Educación que había ordenado descontar un día de salario a los obreros al servicio de su despacho, que evidentemente era un acto administrativo (art. 16 LOPA), la antigua Corte concluyó señalando que se encontraban fuera de su ámbito de control “los actos de la Administración Pública emitidos con arreglo a otras ramas del ordenamiento jurídico positivo (civil, mercantil, laboral, etc.)”, siendo de su competencia, en cambio, “el conocimiento de las pretensiones que se dirijan a impugnar actos emitidos por los órganos de la Administración Pública en ejecución de normas de derecho Administrativo”¹³⁰.

El tema, por supuesto, es de primera importancia, pues se trata de establecer cuándo hay una relación de derecho administrativo y cuándo no la hay. La Corte Suprema ha razonado en torno a ello, así:

128 Sentencia del 3 de diciembre de 1959, *Gaceta Forense*, n.º 26, Caracas, Ministerio de Justicia, 1959, p. 142.

129 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 21 de marzo de 1965, en BREWER-CARIAS y ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, cit., p. 459.

130 Caso Fetraeducación, *Revista de Derecho Público*, n.º 27, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 106 a 114.

Para que una relación de derecho administrativo aparezca, es necesario, por una parte que el Estado intervenga en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica una norma obligatoria [...] Es decir, que el propio Estado acuda, a su poder de coacción, montando además un aparato administrativo encargado de la puesta en marcha, aplicación y ejecución de esa normativa jurídico pública¹³¹.

Por tanto, de acuerdo a ello, el acto administrativo de un ministro que ordenó descontar un día de salario a todos los obreros al servicio del ministerio por haber realizado una huelga, pues conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no podía ordenar el pago de dicho salario por no tener el gasto la necesaria justificación, era sin duda un acto administrativo sometido al derecho administrativo. Sin embargo, la Corte no lo interpretó así y lo consideró como sometido al derecho del trabajo, excluyéndolo del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa¹³². En cambio, en sentencia del 30 de marzo de 1987, la misma Corte Suprema, ante la impugnación de un acto administrativo del Ministerio del Trabajo convocando a una convención obrero patronal para un tipo de actividad empresarial para negociar y concluir un contrato colectivo para esa rama empresarial, lo consideró, sin embargo, como “de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral”, y por tanto del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa¹³³.

Precisamente, a esta variabilidad de decisiones es a lo que conduce, en un mundo de interaplicación del derecho público y del derecho privado a los órganos de las administraciones públicas, la adopción de un criterio tan impreciso para definir la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa que de ser sólo respecto de los actos de la Administración sujetos al derecho administrativo ha pasado a ser de actos administrativos supuestamente no sujetos al derecho administrativo. Ello ha provocado, con criterios variables, un amplio aliviadero en la presa que necesariamente debe ser la jurisdicción contencioso administrativa, y que puede permitir el indebido escurrimiento de asuntos que deben ser juzgados por la misma.

En todo caso, lo que constitucionalmente es claro es que todo acto administrativo está sujeto a control contencioso administrativo por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que cualquier exclusión de un acto administrativo de control judicial de su conformidad con el derecho, es inconstitucional.

¹³¹ Ídem.

¹³² Ídem.

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 30 de marzo de 1987, caso ANSA, *Revista de Derecho Público*, n.º 33, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988, pp. 124 a 125.

Por supuesto, además de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria (Tribunal Supremo de Justicia, cortes de lo contencioso administrativo y tribunales superiores de lo contencioso administrativo) hay otros tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa especial que conocen de la nulidad de actos administrativos, por lo que puede hablarse del contencioso tributario¹³⁴ y del contencioso agrario¹³⁵.

En materia laboral, hasta el año 2000, además, también podría hablarse de un contencioso administrativo especial laboral, en los casos en los cuales los tribunales del trabajo debían conocer de la impugnación de actos administrativos¹³⁶. En efecto, de acuerdo con los artículos 425, 465 y 519 de la Ley Orgánica del Trabajo, correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa y queda excluido de la jurisdicción laboral el conocimiento de los recursos que se ejercieran contra decisiones del Ministro del Trabajo en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales, o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones de convenciones colectivas. En cambio, como lo había dicho la antigua Corte Suprema de Justicia, correspondía a la jurisdicción laboral que se regula en los artículos 5.º y 655 de la Ley Orgánica del Trabajo “conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra las decisiones de las autoridades del trabajo dictadas en aplicación de las normas de dicha Ley que regulan su ‘parte administrativa’ a que se refiere su artículo 586”, como las dictadas en los procedimientos de calificación de despido o de solicitudes de reenganche, por motivo de las inamovibilidades que la misma ley contempla (art. 456)¹³⁷.

Esta interpretación ha cambiado radicalmente a favor de la jurisdicción contencioso administrativa por la interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo establecida en sentencia 1318 del 2 de agosto de 2002, mediante la cual estableció que es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los recursos de nulidad ejercidos contra las decisiones provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo. A cuyo efecto, en sentencia posterior del 20 de noviembre de 2002 (caso: Ricardo Baroni Uzcátegui), la misma Sala precisó la distribución de competencias entre

134 Código Orgánico Tributario, Ley 42, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

135 Cfr., p. ej., Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencias del 30 de septiembre de 1982, 11 de agosto de 1983, y 19 de julio de 1994, citadas en *Revista de Derecho Público*, n.º 50, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, p. 192.

136 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 9 de abril de 1992, caso Bamundi, *Revista de Derecho Público*, n.º 50, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, p. 192.

137 Ídem, pp. 190 a 191.

los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los inspectores del trabajo, concluyendo en lo siguiente:

La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión —distinta de la pretensión de amparo constitucional— que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso administrativa¹³⁸.

De cualquier manera, frente a los intentos de huida del derecho administrativo que se han analizado, y que por sobre todo pueden implicar que determinados actos o relaciones jurídicas escapen del sistema de garantías jurídicas que los administrados tienen frente al poder, el muro de contención está en la jurisdicción contencioso administrativa. Esta es competente conforme al artículo 259 C. para anular los *actos administrativos* generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en *responsabilidad de la Administración*; conocer de reclamos por la prestación de *servicios públicos* y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la *actividad administrativa*.

El ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, gira en torno a la interpretación que los órganos de la misma han dado y den a las expresiones *acto administrativo*, *Administración*, *servicio público* y *actividad administrativa*, las cuales, como se ha visto, son conceptos claves del derecho administrativo. Por ello, en definitiva no sólo la construcción de nuestra disciplina sino también la detención del proceso de huida del derecho administrativo han correspondido en Venezuela, fundamentalmente, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, tareas en las cuales han realizado una encomiable labor, aun cuando en algunos aspectos no exenta de críticas.

138 Cfr. las referencias a estas sentencias, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 13 de marzo de 2003, caso Puerto Viejo Marina A.C. vs. Inspectoría del Trabajo del Estado Vargas, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 397 y ss. Cfr. RICARDO BARONI UZCÁTEGUI, “¿Quién conoce los recursos de nulidad contra actos administrativos emanados de las inspectorías del trabajo sobre derechos individuales de los trabajadores?”, *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. 1, cit., pp. 233 a 253.

§ 4. *Conclusión introductiva: un panorama
general del derecho administrativo*

Como esta obra tiene por objeto estudiar el derecho administrativo, rama del derecho cuyo contenido es amplio, dinámico y cambiante, a manera de *conclusión* de esta *Primera parte* hemos querido enunciar el *panorama* de nuestra disciplina, anunciando y analizando brevemente los temas centrales de la misma, que serán objeto de estudio detallado en los tomos subsiguientes de la obra¹.

I. BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La regulación fundamental sobre la Administración Pública en Venezuela está en la propia Constitución de 1999², en la cual, en el capítulo I, “De las disposiciones generales”, del título IV sobre “El poder público”, se incorporó una Sección Segunda: “De la Administración Pública”, con tres artículos: el 141, que establece los principios de la Administración Pública; el 142, sobre la creación de entidades descentralizadas, y el 143, que consagra el derecho a la información administrativa y de acceso a los documentos oficiales. Dichas normas, por supuesto, se aplican a todo el universo de órganos que conforman la Administración Pública, y no sólo a los que ejercen el poder ejecutivo.

En efecto, en Venezuela, conforme a la forma federal del Estado, integran la Administración Pública, ante todo, los órganos de las personas jurídicas estatales que en tres niveles territoriales integran la Federación, es decir, de la República, de los estados, de los municipios, y *que ejercen el poder ejecutivo*. Estos órganos son los que en general se identifican en el lenguaje jurídico común como “el poder ejecutivo”, que comprende a la Presidencia de la República y a los ministerios a nivel nacional (Ejecutivo nacional), y a las gobernaciones de los estados en el nivel estatal (Ejecutivo estatal) y a las alcaldías municipales (Ejecutivo municipal) en el nivel municipal. Esos órganos conforman lo que se denomina en general la “Administración central”. Pero también integran la Administración Pública las entidades descentralizadas funcionalmente de las mencionadas personas estatales político territoriales, que actúan siempre adscritas y bajo el control de tutela de los órganos que en los tres niveles territoriales ejercen el poder ejecutivo, sea que hayan sido constituidas mediante ley con forma jurídica de derecho público, como por ejemplo los institutos autónomos,

1 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Panorama del derecho administrativo en Venezuela”, en SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coord.), *El derecho administrativo Iberoamericano*, Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada, 2005. Las referencias bibliográficas que se hacen en este parágrafo se refieren en su mayoría, solo a trabajos del autor.

2 Cfr. sobre el régimen constitucional relativo a la Administración Pública, *id.* *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, t. 1, cit., pp. 276 y ss.

o con forma jurídica de derecho privado, como por ejemplo las empresas o fundaciones del Estado. Estos órganos conforman lo que se denomina en general la “Administración descentralizada”.

Pero una descripción como la anterior de la Administración Pública en sentido orgánico, sin duda, en Venezuela es insuficiente, pues hay otros órganos de las personas jurídicas estatales político territoriales que si bien son parte de la Administración Pública, sin embargo no ejercen el poder ejecutivo. En consecuencia, si bien todos los órganos del Estado que ejercen el poder ejecutivo están integrados en la Administración Pública, sin embargo no todos los órganos que conforman la Administración Pública ejercen el poder ejecutivo del Estado, pues hay órganos de la Administración Pública que no dependen jerárquicamente del Presidente de la República, de los gobernadores ni de los alcaldes, por ejercer otros poderes públicos distintos del poder ejecutivo.

Concentrándonos en el nivel nacional del Estado, la Constitución (art. 136) ha establecido una penta división del poder público, dividiendo al poder público nacional en las ramas legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral, a cargo de órganos estatales autónomos e independientes entre sí. Por ello, además de aquellos que ejercen el poder ejecutivo, los órganos estatales que ejercen el poder ciudadano (el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo) y el poder electoral (el Consejo Nacional Electoral y sus juntas y comisiones), si bien son autónomos e independientes del poder ejecutivo nacional y de los otros poderes públicos, sin embargo también son órganos que forman parte de la Administración Pública de la República, aun cuando no sean parte de la “Administración central”. Igualmente, también conforman la Administración Pública de la República los órganos de administración y gobierno del poder judicial dependientes del Tribunal Supremo de Justicia, en particular la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus diversas dependencias.

Para regular específicamente a la Administración Pública central de la República (que ejerce el poder ejecutivo nacional) y a la Administración Pública descentralizada nacional se ha dictado la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)³. Sus normas, sin embargo, también se aplican en general supletoriamente a las administraciones públicas estatales y municipales, y “a los demás órganos del poder público” (art. 1.º) distintos al poder ejecutivo.

3 Cfr. sobre el régimen legal de la Administración Pública, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública”, en *id.* et ál., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 13 y ss.

Ahora bien, todo este complejo orgánico del Estado que es la Administración Pública, la Constitución dispone que “está al servicio de los ciudadanos” (art. 141); lo que reitera el artículo 3.º LOAP., en la cual se ha sustituido la expresión “ciudadanos” por “particulares”, agregando que en su actuación la Administración Pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades (art. 5.º).

Por su parte, el artículo 3.º LOAP agrega que el “principal objetivo” de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 C., “garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”. Por ello, el artículo 5.º LOAP también precisa que la Administración Pública debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella; y además, debe tener entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y los recursos disponibles.

Pero adicionalmente a la connotación orgánica, en el derecho administrativo venezolano, la expresión Administración Pública tiene asimismo un sentido material al identificar también unas *actividades* realizadas con vistas a satisfacer un interés general del Estado o de la sociedad, generalmente por los órganos que la integran.

Estas actividades se caracterizan ante todo, conforme al sistema de formación del derecho por grados que adopta la Constitución, porque son siempre de carácter sublegal, pues se trata de actividades realizadas en ejecución directa e inmediata de la legislación, y sólo indirecta y mediata de la Constitución. Esta actividad administrativa, por otra parte, no sólo la cumplen los órganos de la Administración Pública en sentido orgánico antes identificados (órganos de las personas jurídicas estatales que ejercen el poder ejecutivo, el gobierno y administración del poder judicial, el poder ciudadano y el poder electoral), sino también otros órganos del Estado como los que ejercen el poder legislativo (la Asamblea Nacional, los consejos legislativos de los estados y los concejos municipales), o el poder judicial (el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República) cuando ejercen la función administrativa (p. ej., administran su cuerpo de funcionarios o entran en relación con los particulares) o la función normativa de carácter sublegal emitiendo, por ejemplo, actos reglamentarios. La actividad administrativa como objeto del derecho administrativo, por ello, está también esencialmente vinculada al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, política, administrativa, jurisdiccional y de control).

Además, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo muchas veces se realiza por particulares o por personas jurídicas de derecho privado e, incluso, de carácter no estatal, pero que en virtud de la expresa previsión de ley ejercen prerrogativas del poder público. Así sucede, por ejemplo, con ciertos actos de las universidades privadas o de las federaciones deportivas, como serían los actos sancionatorios, en esos casos regulados respectivamente en la Ley de Universidades o en la Ley del Deporte, y que son considerados como actos administrativos⁴.

Finalmente, no toda la actividad que realizan algunos órganos que configuran la Administración Pública del Estado, como por ejemplo la que realiza el Presidente de la República, constituye actividad administrativa, sino, como se ha dicho, sólo las actividades que sean de carácter sublegal. El Jefe del Ejecutivo nacional y otros órganos del Estado, en efecto, además de realizar actividades en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución, ejerce actividades que son formal y sustancialmente distintas de la anterior, realizadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como son las actividades políticas (o de gobierno)⁵. Por ello, la actividad administrativa que interesa al derecho administrativo, como antes se ha señalado, está esencialmente vinculada al sistema de formación del derecho por grados⁶.

Por otra parte, debe indicarse que si bien la Administración Pública, tanto en su connotación orgánica como en su sentido material, constituye el objeto por excelencia del derecho administrativo, no todo el derecho que regula a la Administración Pública, es decir, a los órganos estatales que la conforman o a las actividades administrativas, es derecho administrativo. En otros términos, en el mundo del derecho no existen sujetos de derecho o actividades respecto de los cuales pueda decirse que exclusivamente se rigen por una sola rama del derecho. Así como no se puede decir que las sociedades anónimas sean sujetos de derecho que sólo se regulan por el Código de Comercio, pues también están sometidas al Código Civil, al Código Penal y a todas las leyes de derecho administrativo que, verbigracia, regulan diversos sectores de la economía (bancos, seguros, mercado de capitales, etc.); en igual sentido, los órganos de la Administración Pública, además de estar sometidos al derecho administrativo, también están sometidos al derecho civil y al derecho mercantil, por ejemplo.

4 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, cit., pp. 498 y ss.

5 Cfr. *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI, cit., pp. 199 a 226; e *id.*, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus tribunales nacionales”, cit., pp. 65 a 68.

6 Sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el constitucionalismo venezolano, *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, cit., pp. 107 a 117.

Por lo demás, esos sujetos de derecho o personas jurídicas estatales que interesan al derecho administrativo no tienen una configuración uniforme pues pueden tener la forma de personas jurídicas de derecho público o la forma jurídica de personas jurídicas de derecho privado. Por ello a los órganos de la Administración Pública, si bien regidos por el derecho administrativo, sin embargo en una forma u otra siempre se les interaplica de manera variable tanto un régimen de derecho público como de derecho privado⁷. El derecho administrativo, por supuesto, tiene siempre una preponderancia en este régimen, pero el mismo no comprende la totalidad de las normas que se aplican a los órganos de la Administración Pública del Estado ni a la actividad administrativa del mismo. En otras palabras, la Administración Pública se rige por el derecho administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

En todo caso, de lo anterior resulta que, por supuesto, la definición de la Administración Pública como objeto del derecho administrativo es esencial para la definición de esta rama del derecho, la cual consideramos que tiene que estar basada en la descripción de dicho objeto. Por ello, bien podría señalarse que el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula a los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, siempre de carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales en ejercicio de las funciones normativas o administrativas, o la realizada por los particulares a quienes la ley ha autorizado para ello, su régimen y control; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativa, y los administrados, que moldean las formas de la actividad administrativa.

Con una definición como esta, por supuesto, no cabe hacer intento alguno de adoptar un criterio único para definir el derecho administrativo⁸. No se trata

7 Cfr. id., “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”, *Las formas de la actividad administrativa. 11 Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias 1996*, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 1996, pp. 23 a 73.

8 Cfr. id., “El concepto de derecho administrativo en Venezuela”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100 y 102, vol. 1, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1983, pp. 685 a 704, y en id., *Estudios de derecho administrativo*, cit., pp. 7 a 24; con el título “Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, n.º 16, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 5 a 20; e id., “El derecho público en Venezuela y Colombia”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. VII, 1984-1985, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1986, pp. 215 a 231.

por tanto ni de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el derecho administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes del derecho aplicable a la Administración, la Ley Orgánica de la Administración Pública expresa formalmente el principio de legalidad vinculándolo a la competencia, así:

Artículo 4.º La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a las personas.

Se destaca de esta norma, como se dijo, tanto la indicación formal de la jerarquía de las fuentes del derecho como la referencia al principio teleológico de la sumisión a la ley, cuyo fin es la garantía y protección de las libertades públicas propias del régimen democrático. Las fuentes del derecho, además, para ser tales, deben haberse dictado formal y previamente a la actividad que se regule, lo que implica la proscripción de la retroactividad de la ley.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL

Como se ha dicho, dada la forma federal del Estado en Venezuela, hay tres niveles fundamentales de órganos que integran la Administración Pública, que ejercen el poder ejecutivo, por lo que se puede distinguir una Administración Pública nacional cuyo jefe es el Presidente de la República; una Administración Pública estatal cuyos jefes, en cada uno de los 23 estados de la Federación, son los gobernadores, y una Administración Pública municipal cuyos jefes, en cada uno de los 335 municipios del país, son los alcaldes. Todos esos funcionarios son electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

Como se dijo, la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Pública contienen principios que se aplican a la Administración Pública de todos los niveles territoriales; y en cuanto a las regulaciones específicas, las mismas se encuentran establecidas en las leyes nacional y estatales y en las ordenanzas municipales que se dicten por los respectivos órganos titulares de la potestad organizativa. Estos son los que de acuerdo con el artículo 15 LOAP pueden crear,

modificar y suprimir dichos órganos. Por tanto, la titularidad de la potestad organizativa sólo puede ser asignada por la Constitución o la ley⁹.

En cuanto a la Constitución, esta atribuye a la Asamblea Nacional potestad organizativa respecto de la Administración Pública nacional (art. 187.9), así como respecto de otros órganos del poder público nacional como los del poder ciudadano (arts. 273 y 290) y los del poder electoral (art. 292).

La Asamblea Nacional también tiene atribuida la titularidad de la potestad organizativa en materia de organización de los municipios y demás entidades locales, con la obligación de establecer diferentes regímenes para dicha organización (art. 169).

La Constitución, por otra parte, en relación con la Administración Pública nacional estableció la reserva legal sólo en relación con la creación de los institutos autónomos (art. 142); pero en cuanto a la organización de la Administración Pública nacional centralizada, asignó la potestad organizativa al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, “dentro de los principios y lineamientos” señalados en la Ley Orgánica (art. 236.20).

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236.20 C., corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos que señale la correspondiente ley orgánica.

Se varió, en esta forma, de manera sustancial, el sistema de la Constitución de 1961, que seguía la tradición constitucional iniciada desde el siglo XIX, y que rigidizaba la organización ministerial que sólo la ley podía determinar (art. 193).

En desarrollo de esta potestad organizativa de rango constitucional atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, el artículo 58 LOAP le atribuye la facultad para fijar, mediante decreto, “el número, denominación, competencia y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el poder ejecutivo nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente ley”.

Conforme a esta atribución, el Presidente de la República ha dictado numerosos decretos¹⁰ sobre organización y funcionamiento de la Administración

9 Cfr. *id.*, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 21 y ss.

10 Cfr. p. ej., Decreto 2.937 de septiembre 2004, *Gaceta Oficial* n.º 38024 del 16 de septiembre de 2004.

Pública central, donde se regulan los ministerios y se enumeran sus competencias. El decreto establece, además, la estructura organizativa básica de cada ministerio, integrada por el despacho del ministro y los despachos de los viceministros, estando estos últimos integrados en orden jerárquico descendente así: direcciones generales, direcciones de línea y divisiones (arts. 16 y 17).

Cada ministerio, en todo caso, debe estar regulado internamente por un reglamento orgánico dictado por el Presidente en Consejo de Ministros, “previa propuesta del respectivo Ministro” (art. 18), en el cual se deben determinar la estructura y las funciones de los viceministros y de las demás dependencias que integran cada ministerio (art. 17).

Uno de los principios fundamentales de la organización administrativa es que los órganos de la Administración Pública deben estar jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos; estando los órganos de inferior jerarquía sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva (art. 28).

Como se dijo, la Ley Orgánica de la Administración Pública básicamente regula la organización de la Administración Pública nacional *ejecutiva* (art. 2.º), estableciendo en sus normas la clasificación clásica general de la misma entre la Administración Pública central del poder nacional (tít. III) y la Administración Pública nacional descentralizada funcionalmente (cap. II, tít. IV).

En cuanto a la organización de la Administración Pública nacional central, el artículo 45 LOAP distingue dos tipos de *órganos superiores* de la misma: los órganos superiores de dirección y los órganos superiores de consulta, los cuales ejercen el poder ejecutivo en los términos del artículo 225 C.

La Ley Orgánica enumera como órganos superiores de dirección de la Administración Pública central a los siguientes: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los ministros y los viceministros. En cuanto a los órganos superiores de consulta de la Administración Pública central, el artículo 45 LOAP enumera los siguientes: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales, los cuales también ejercen el poder ejecutivo (art. 225 C.).

Además de los principios relativos a la organización de la Administración Pública central nacional, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece el régimen general de la organización de la Administración Pública descentralizada, tanto nacional como estatal y municipal, regulando a tal efecto, la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32

LOAP). Conforme a lo indicado en el artículo 29 LOAP, esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado¹¹. Entre las primeras está la figura del instituto autónomo, el cual se define en el artículo 95 LOAP como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creado por ley nacional, estatal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de esta ley, dotado de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree¹².

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también los establecimientos públicos corporativos, como las universidades nacionales y aquellas personas jurídicas de derecho público específicas, como el Banco Central de Venezuela (establecimientos públicos asociativos), son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos autónomos sólo puede realizarse mediante ley, conforme lo establece el artículo 142 C., a cuyo efecto el artículo 96 LOAP dispone lo que la ley nacional, estatal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener.

En cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la Ley Orgánica de la Administración Pública regula detalladamente a las sociedades mercantiles del Estado (empresas del Estado), a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado; definiéndose a las empresas del Estado en el artículo 100 LOAP como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social¹³. La Ley Orgánica, en consecuencia, autoriza a la República, a los estados, a los municipios y a los distritos metropolitanos para constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso, como únicos accionistas (art. 103).

A los efectos del control de tutela y de gestión, las entidades descentralizadas nacionales deben estar adscritas a los órganos de la Administración Pública central nacional, es decir, a los ministerios respectivos (art. 115 LOAP).

11 Cfr. BREWER-CARIAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa*, cit., pp. 115 y ss.

12 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985.

13 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Régimen de las empresas públicas en Venezuela*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La actividad administrativa, ejercida o no por los órganos de las personas jurídicas estatales que conforman la Administración Pública, en todo caso conforme al principio de legalidad, debe ejercerse por los órganos competentes, ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes, y en particular conforme al procedimiento legalmente establecido. Las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, o sin observancia del procedimiento legalmente prescrito, por tanto, constituyen vías de hecho y vician los actos dictados de nulidad absoluta.

El principio de la legalidad, además, en la Constitución se erige como un principio en el cual se fundamenta la Administración Pública, definiéndoselo como “el sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 141), y además, destacándose como una de las misiones fundamentales de los órganos del poder ciudadano el velar por “la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado” (art. 274).

Ahora bien, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad ha sido precisamente el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. A tal efecto, Venezuela no ha escapado a la tendencia general que se puede observar en América Latina¹⁴, siguiendo el modelo español de 1958¹⁵, de la codificación del procedimiento administrativo; habiéndose sancionado en 1982 la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁶, cuyas disposiciones se han además complementado con las de la propia Ley Orgánica de la Administración Pública antes mencionada y de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999¹⁷. Estas últimas dictadas para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficiencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad

14 Cfr. *id.* *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, cit.

15 Cfr. *id.*, *Principios del procedimiento administrativo*, cit.

16 Cfr. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *Gaceta Oficial* n.º 2818, extra., del 1.º de julio de 1981. Cfr. además en BREWER-CARIAS et ál. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cit., pp. 175 y ss.; e *id.*, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982.

17 *Gaceta Oficial* n.º 36.845 del 7 de diciembre de 1999. Cfr. además BREWER-CARIAS et ál., *ob. cit.*, pp. 199 y ss.

y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.

Por otra parte, en cuanto a los principios del procedimiento administrativo, debe destacarse que es el artículo 141 C. el que dispone que la Administración Pública se fundamenta en “los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”; principios que repite el artículo 12 LOAP al precisar que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en “los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza”. Asimismo, dispone la ley que dicha actividad se debe efectuar dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica, lo que ya se configura como un límite a la discrecionalidad. Tales principios, con anterioridad también se habían definido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, en cuyo artículo 30 se enumeran los de “economía, eficacia, celeridad e imparcialidad”. Este conjunto de principios expresados formalmente en la Constitución y las leyes, sin duda, constituyen un arsenal de instrumentos para la protección de los administrados frente a la Administración Pública que, sin duda, alimenta el ámbito del control que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa puedan ejercer sobre la actividad administrativa.

Con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por tanto, se consolidó la formalización o juridificación del derecho administrativo, al positivarse lo que anteriormente había venido construyendo la jurisprudencia, con gran esfuerzo y lentamente, sobre la base de identificar principios generales de la disciplina¹⁸. En esa forma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica se hizo más segura la posibilidad del control judicial efectivo de la actividad de la Administración Pública, habiéndose erigido dicha ley en la fuente del derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha continuado enriqueciendo nuestra disciplina como fuente complementaria o accesoría.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siguiendo la orientación de las leyes similares de América Latina, establece una regulación detallada de los actos administrativos, estableciendo el proceso de su formación, los requisitos de

18 Cfr. p. ej., ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolanas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964.

validez, de carácter formal y de orden sustantivo, en particular, la competencia y la motivación de los mismos, el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares, los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y que, sin embargo, permiten su revisión en cualquier momento, aun de oficio, y los recursos para su reconsideración o su revisión jerárquica.

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

Como se ha dicho, una de las regulaciones medulares de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por supuesto, y siguiendo la orientación de todas las leyes similares dictadas en América Latina conforme al modelo de la ley española de 1958, es la relativa a los actos administrativos, su formación, sus efectos, su ejecución y su control interno mediante los recursos administrativos¹⁹. En esta materia, las principales regulaciones de la Ley Orgánica se refieren a la previsión de un lapso para la adopción de las decisiones, lo que permite poder accionar contra la carencia administrativa; la regulación de los trámites procedimentales, garantizándose el derecho a la defensa (acceso al expediente; pruebas; notificaciones; recursos); los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos (vicios de orden público o de pleno derecho), como la incompetencia manifiesta, la ausencia absoluta y total de procedimiento, o los vicios en el objeto; y las regulaciones sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos, mediante multas. En Venezuela, salvo mediante dichas multas pecuniarias, la Administración Pública no puede afectar el patrimonio de los administrados, sino acudiendo a la vía judicial.

Pero al igual que en la generalidad de los países iberoamericanos, el tema medular respecto de los actos administrativos, por supuesto, y particularmente a los efectos de asegurar su control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, es el de su definición, o más propiamente, el de su caracterización particularmente entre los diversos actos estatales.

Conforme al antes mencionado principio que tiene rango constitucional en Venezuela, de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, puede decirse que toda la actividad administrativa es, ante todo, desde el punto de vista formal, una actividad que siempre es de carácter sublegal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias correspondientes no se hayan dictado) y de ejecución indirecta y mediata de la

19 Cfr. id., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cit., pp. 133 y ss.

Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sublegal, siendo la diferencia entre una y otra de carácter orgánico, en el sentido de que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el poder judicial.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, tanto desde el punto de vista formal como orgánico, esas actividades administrativas pueden distinguirse de las otras actividades estatales, en particular de las normativas, políticas y judiciales.

En efecto, la actividad legislativa está conformada por los actos legislativos, que son las leyes (arts. 187.1 y 203) y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos e *interna corporis*) (art. 187). Las leyes, incluso, son formalmente definidas en la Constitución como los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (art. 203). También pueden considerarse como actos legislativos los decretos leyes o decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República previa autorización por una ley habilitante (arts. 203 y 236.8). Todos estos actos legislativos son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluso en los casos de los decretos ley, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de rango de ley.

Los actos de gobierno, por su parte, como se dijo, son los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio sólo de atribuciones constitucionales, y que por ello no pueden estar regulados o limitados por la Asamblea Nacional mediante leyes. Es el caso, por ejemplo, del nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo, de la concesión de indultos, de la convocatoria de la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias y de la disolución de la Asamblea Nacional (art. 236.3, 9, 19 y 21). Los actos de gobierno también son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y su definición es tanto orgánica como formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los actos judiciales, y más propiamente las sentencias, también se definen por el elemento orgánico y el formal: son actos que sólo pueden emanar de los tribunales, y tienen unos efectos precisos de verdad legal definidos en el ordenamiento y derivados del valor de cosa juzgada. Se trata, siempre, de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales derivados de la formación del derecho por grados, y no necesariamente se definen según criterios materiales o derivados de la función que se ejerce al dictarlos. Por ejemplo, los actos legislativos pueden no tener contenido normativo, y pueden haberse dictado en ejercicio de funciones administrativas o políticas; y los actos de gobierno pueden, a su turno, tener contenido normativo.

En cambio, en la definición de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, los criterios anteriores no se pueden aplicar en forma lineal, pues estos no se pueden identificar ni orgánica ni funcionalmente: son dictados por los cinco grupos de órganos estatales que ejercen el poder público, y se pueden dictar en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por cualquier órgano de la Administración Pública o por los tribunales en ejercicio de la función normativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por los órganos de la Administración Pública, los tribunales o la Asamblea Nacional en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por los órganos de la Administración Pública en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el carácter heterogéneo de los mismos²⁰: se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico en ejercicio de las funciones normativa, jurisdiccional o administrativa del Estado. Se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y normativa, los actos dictados por la Asamblea Nacional en ejercicio de funciones administrativas, e incluso los dictados por entidades privadas autorizadas por ley en ejercicio de funciones normativas y administrativas; y en todo caso, conforme al criterio formal, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución.

En todo caso, respecto de los actos administrativos, rige el principio de la autotutela, en el sentido de que la Administración Pública puede revisar sus propios actos, corregir errores materiales e incluso revocarlos, siempre que no

20 Cfr., en general, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "El problema de la definición del derecho administrativo", *Libro Homenaje al profesor Eloy Lares Martínez*, t. 1, cit., pp. 25 a 78.

hayan creado o declarado derechos a favor de particulares. Los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, taxativamente enumerados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (p.ej., incompetencia manifiesta, ausencia absoluta de procedimiento, vicio en el objeto, art. 85), sin embargo, pueden motivar su revisión en cualquier tiempo, incluso de oficio, garantizándose el debido procedimiento administrativo.

Además, los administrados pueden requerir el control de la legalidad y de la oportunidad de los mismos ante la propia Administración Pública mediante el ejercicio de los recursos administrativos tradicionales, es decir, del recurso jerárquico (o de apelación ante el superior jerárquico), del recurso de reconsideración (que se ejerce ante la misma autoridad que dictó el acto) y del recurso de revisión (ante el superior jerárquico por hechos sobrevenidos), regulados todos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Estos recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa.

Por último, en relación con los actos administrativos, además de aquéllos con efectos particulares, están los que tienen efectos generales, es decir, contenido normativo. Entre estos últimos están los reglamentos, que en Venezuela son actos administrativos.

En relación con los reglamentos rige, por supuesto, el principio de la reserva legal establecido en la Constitución, como consecuencia del cual el artículo 87 LOAP dispone que los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango; además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, los reglamentos no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Además, conforme al artículo 88 LOAP, la elaboración de los reglamentos de leyes debe ajustarse obligatoriamente al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

2. A lo largo del proceso de elaboración se debe recabar, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.

3. Elaborado el texto se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de los ciudadanos, de conformidad con lo dispuesto en el título VI LOAP. Durante el proceso de consulta ciudadana, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento, las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República, salvo que el mismo disponga otra cosa.

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En materia de contratos del Estado, en la Constitución de 1999, como en tantas otras materias, puede decirse que se ha consolidado un importante proceso de constitucionalización del derecho administrativo²¹, mediante el desarrollo normativo de la institución en el propio texto constitucional. En dicho texto, en efecto, en relación con lo que se ha denominado “contratos de la Administración”, se regulan los contratos celebrados por las personas jurídicas *estatales*; denominándolos como “contratos de interés público”, expresión equivalente en general a la de contratos de la Administración, contratos del Estado o contratos estatales²².

En efecto, en la sección cuarta, “De los contratos de interés público”, del capítulo I sobre “Disposiciones fundamentales”, del título IV, “Del poder público”, de la Constitución se regula el régimen de los contratos de interés público, denominación genérica que comprende tres especies: contratos de interés público *nacional*, contratos de interés público *estadal* y contratos de interés público *municipal* (art. 150), los cuales son los suscritos, respectivamente, por los tres órdenes de personas jurídicas estatales mencionadas (República, estados y municipios), las cuales, en general, ejercen el poder público en sus tres niveles territoriales, respectivamente.

En consecuencia, todos los contratos, tanto de interés nacional como de interés estadal o municipal, son, por supuesto, contratos de “interés público” (arts.

21 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Venezuela”, *v Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos*, cit., pp. 21 a 37.

22 Cfr. id., *Contratos administrativos*, cit., pp. 28 y ss.

150 y 151) en el mismo sentido que la noción de poder público (título IV) comprende al poder nacional, a los poderes de los estados y al poder municipal²³.

Así pues, un contrato de interés público nacional es aquél que interesa al ámbito nacional (en contraposición al ámbito estatal o municipal), porque ha sido celebrado por una persona jurídica estatal nacional, de derecho público (la República o un instituto autónomo) o de derecho privado (empresa del Estado). Por tanto, no serán contratos de interés público *nacional* aquéllos que son de interés público estatal o municipal, celebrados por personas jurídicas estatales de los estados o de los municipios, incluyendo los institutos autónomos y empresas del Estado de esas entidades político territoriales²⁴.

La noción de “contrato administrativo”, en cambio, no tiene rango constitucional en Venezuela y legalmente sólo se ha utilizado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a los efectos de atribuir competencia a la Sala Político Administrativa para conocer de las controversias relativas a los mismos. La ausencia de una ley general sobre contratos del Estado o sobre contratos administrativos ha originado, por supuesto, una intensa actividad jurisprudencial y doctrinal tendiente a identificar dichos contratos administrativos, los cuales, en definitiva, se han enmarcado por su objeto vinculado a la prestación de un servicio público o a las obras públicas o por la inclusión en los mismos de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común.

El problema central, en esta materia, para la determinación de qué ha de entenderse por contrato administrativo, ha girado en torno a la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración; la cual, si bien parecía haberse superado definitivamente en Venezuela, fue revivida por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 al atribuir expresa y exclusivamente a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (art. 42.14) la competencia referida en materia de “contratos administrativos”.

A pesar de dicha norma y de su equivalente en la actual Ley Orgánica (art. 5.º, párrafo 1.º, 25), sin embargo, estimamos que la distinción no tiene sustantividad firme, ya que no hay ni puede haber contratos de derecho privado de la

23 Cfr. *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. II, “El poder público: Nacional, Estatal y Municipal”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 11 y ss.

24 Cfr. en general, JESÚS CABALLERO ORTIZ, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, cit., pp. 139 a 154; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Los contratos de interés público nacional y su aprobación legislativa”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 40 a 54; *id.*, *Contratos administrativos*, cit., pp. 28 a 36; *id.*, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., p. 173.

Administración, regidos exclusivamente por el derecho privado, que excluyan el conocimiento de los mismos a la jurisdicción contencioso administrativa²⁵. En realidad, todos los contratos que celebre la Administración están sometidos en una forma u otra al derecho público y a todos se les aplica también el derecho privado, teniendo, según su objeto, un régimen preponderante de derecho público o de derecho privado²⁶, por lo que la distinción no tiene fundamento alguno, y menos cuando en Venezuela no hay dualidad de jurisdicciones (judicial y administrativa), que en Francia ha sido el verdadero sustento de la distinción²⁷. Así como no puede haber acto unilateral dictado por los funcionarios públicos que no sea un acto administrativo, tampoco existen contratos celebrados por la Administración que no estén sometidos en alguna forma al derecho público, por lo que la terminología empleada en el artículo 42.14, de la derogada Ley Orgánica, y ahora del artículo 5.º, párrafo 1.º, 25 de la Ley Orgánica de 2004, en realidad, a lo que ha conducido es a confusiones, contradicciones y dilaciones. Por lo pronto, no hay demanda que se intente con relación a contratos celebrados por la Administración en la cual no se plantee el problema de la competencia: si la demanda se intenta ante la jurisdicción ordinaria, se alegará la naturaleza administrativa del contrato; en cambio, si se intenta ante el Tribunal Supremo de Justicia, se alegará el carácter de “derecho privado” del contrato.

Por otra parte, la determinación de cuándo se está en presencia de un contrato administrativo o no, dependerá en mucho del interés circunstancial de la Administración, pues además de que todo contrato que celebre tiene algún interés público envuelto o se celebra vinculado a un servicio público, las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común que caracterizan a los contratos administrativos no necesitan estar expresadas en el texto del contrato, sino que son inherentes a las potestades de la Administración y se presumen en el mismo. Dependerá, por tanto, del recurso que haga la Administración en

25 Cfr. *id.*, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, en *El derecho administrativo en América Latina, Curso internacional*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1978, pp. 143 a 167, también en *Jurisprudencia Argentina*, n.º 5.076, 13 de diciembre de 1978, Buenos Aires, pp. 1 a 12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, t. 1, cit., pp. 41 a 69; *id.*, *Estudios de derecho administrativo*, cit., pp. 61 a 90, e *id.*, “Evolução do conceito do contrato administrativo”, *Revista de Direito Publico* n.º 51 y 52, Sao Paulo, julio-diciembre de 1979, pp. 5 a 19.

26 Cfr. *id.*, *Contratos administrativos*, cit., pp. 46 y ss., e *id.*, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”, en *Las formas de la actividad administrativa. 11 Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, cit., pp. 59 y ss.

27 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. II, Madrid, Universidad Central de Venezuela y Edit. Civitas, 2003, pp. 1773 y ss.

un momento dado a estas cláusulas (p. ej., para rescindir el contrato) que el contrato se califique o no de administrativo, lo que hace insegura la distinción. De allí incluso las dudas y variaciones jurisprudenciales, particularmente con relación a contratos municipales de compra venta de inmuebles municipales que llevó a la antigua Corte Suprema a considerarlos, algunas veces, como contratos administrativos²⁸, y otras veces como contratos de derecho privado²⁹.

Como sea, la Constitución establece un conjunto de regulaciones relativas a todos los contratos del Estado, y que por supuesto se aplican a los llamados contratos administrativos. En cuanto a las incompatibilidades o prohibiciones, como se ha señalado, la Constitución establece una prohibición general a los funcionarios públicos, más genéricamente, a quienes estén al servicio de los órganos de las personas estatales, de celebrar contrato alguno con ellas (art. 145). Además, el artículo 190 C. prohíbe a los diputados a la Asamblea Nacional ser propietarios, administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales.

Por otra parte, la Constitución de 1999 regula en algunas normas específicas la posibilidad de contratos de interés público intergubernamentales o interadministrativos, es decir, celebrados entre personas jurídicas estatales. Los primeros serían aquéllos que se celebran entre la República y los estados o municipios, o entre éstos, y que, por lo general, derivan de los procesos de descentralización política y, en particular, de transferencia de competencias entre los entes territoriales.

Así, el artículo 157 C. establece que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Con fundamento en una norma similar que estaba en la Constitución de 1961, en 1989 se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público³⁰, en la cual se regularon los contratos intergubernamentales que se debían celebrar entre la República y los estados, precisamente, para el desarrollo de procesos de transferencia de competencias nacionales hacia los estados y de asunción por éstos de las mismas.

28 Sentencia del 11 de agosto de 1983, *Revista de Derecho Público*, n.º 16, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, p. 164.

29 Sentencia del 26 de junio de 1980, *Revista de Derecho Público*, n.º 4, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, p. 146.

30 Cfr. en *Gaceta Oficial* n.º 4.153, extra., del 28 de diciembre de 1989. Cfr. además, en ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990.

La Constitución de 1999 regula, ahora, además, la posibilidad de que los estados descentralicen y transfieran los servicios y competencias que gestionen a los municipios, siempre que los mismos estén en capacidad de prestarlos, así como la administración de los respectivos recursos dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles territoriales del poder público (art. 165). Ello también puede dar origen a contratos intergubernamentales de orden local para materializar las transferencias y regular la gestión de las mismas.

Además, entre estos contratos de interés público intergubernamentales están los acuerdos de mancomunidad municipal, mediante los cuales los municipios se pueden asociar para la realización de una actividad en común (art. 170). También están los contratos de interés público interterritoriales, es decir, aquéllos suscritos por los municipios entre sí o entre la República y los municipios o los estados y los municipios para fines de interés público. En tal sentido, el artículo 170 C. establece que los municipios pueden “acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia”. De ello deriva la posibilidad de contratos de interés público de carácter asociativo, intergubernamentales.

Debe señalarse, por último, en relación con estos contratos intergubernamentales e interadministrativos que la Constitución regula la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de controversias derivadas de la ejecución de los mismos, así como las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, como las que pueden resultar de un contrato intergubernamental. Estas controversias deben ser resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa (art. 266.4). La Constitución, además, autoriza al legislador para atribuir la competencia jurisdiccional para resolver las controversias administrativas cuando se trate de controversias entre municipios de un mismo estado, a otros tribunales, por supuesto, de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259).

Otro específico de la constitucionalización del régimen de los contratos estatales se refiere al régimen del dominio público y de los servicios públicos, en el sentido de que la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean “recursos naturales propiedad de la Nación”, las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, “por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156.16 C. que “el Ejecutivo

nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”³¹. Todas estas concesiones, por supuesto, son contratos estatales. Por lo que se refiere a los servicios públicos, en los casos en los que se los regula de manera de permitir la actuación de los particulares sólo mediante concesión, como sucede en los casos de servicios públicos municipales o domiciliarios, rige el mismo principio constitucional establecido en el artículo 113.

La Constitución regula, además, otros contratos de interés público estatal y municipal al establecer los principios para que los estados y los municipios descentralicen y transfieran “a las comunidades y grupos vecinales organizados” los servicios que éstos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos (art. 184). A tal efecto, los estados y municipios deben promover la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. En todos estos casos, para lograr esos objetivos los estados y municipios pueden establecer convenios, es decir, celebrar contratos de interés público estatal o municipal con las comunidades y grupos vecinales organizados, cuyos contenidos deben estar orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad (art. 184.1).

Por otra parte, siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 ha establecido la incorporación obligatoria y tácita en todos los contratos de interés público de una serie de cláusulas, entre las cuales destacan las de inmunidad de jurisdicción y la llamada cláusula “Calvo”; y en ciertos de ellos, de una cláusula de protección ambiental. Además, regula las cláusulas de temporalidad en las concesiones administrativas de explotación de recursos naturales, de servicios públicos y de carácter minero.

En cuanto a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, el artículo 151 C. establece:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes.

31 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos”, prólogo, en ALFREDO ROMERO MENDOZA et ál., *Régimen legal de las concesiones públicas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 9 a 16.

Se trata, realmente, de una cláusula obligatoria en el sentido de que todo contrato que suscriba una persona jurídica estatal en los tres niveles territoriales del poder público e, incluso, en los niveles de descentralización funcional, debe contenerla, y cuyo objeto es, primero, asegurar que la interpretación, aplicación y ejecución de esos contratos deben someterse a la ley venezolana, y segundo, que las controversias y dudas que de ellos surjan deben también someterse al conocimiento de los tribunales venezolanos³². Sin embargo, al citado artículo 151 C. de 1999, el régimen de la inmunidad jurisdiccional previsto se aparta del carácter absoluto tradicional que tenía en el siglo XIX, establecido originalmente en la Constitución de 1892 (art. 147), y encaja dentro de la llamada “inmunidad relativa de jurisdicción”. Por ello, la norma prescribe que la cláusula debe estar presente en todos los contratos de la Administración “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”, lo que convierte a la cláusula en una de inmunidad relativa de jurisdicción³³. Esta relatividad de la inmunidad de jurisdicción deriva, en todo caso, de la naturaleza de la actividad del Estado regulada en el contrato, más que en su finalidad, que siempre es pública, admitiéndose la excepción al principio de la inmunidad basada en el carácter comercial de las actividades que realice un Estado, sobre todo en el ámbito de las contrataciones internacionales.

Por supuesto, para la determinación de la naturaleza de los contratos no se pueden dar fórmulas universales. Por ejemplo, se han planteado discusiones sobre la naturaleza de tales contratos en materia de empréstitos públicos, tanto en el derecho financiero como en el derecho internacional. En todo caso, utilizando la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, nadie podría afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad ni un contrato de interés público. Por ello, dicho criterio no puede utilizarse para determinar la relatividad de la inmunidad de jurisdicción, pues la solución al problema no se puede basar en la consideración de si el Estado suscribe el contrato haciendo uso de su soberanía o de sus poderes públicos, o si son o no contratos de la Administración; sino en la naturaleza de las operaciones. En el caso de los empréstitos, sin duda, el juez llamado a conocer de un problema judicial en relación con ellos debe conocer, en realidad, de cuestiones mercantiles y comerciales. Por eso, y con base en la excepción prevista en la Constitución, los contratos de empréstito no contienen las cláusulas de inmunidad de jurisdicción

32 Cfr. en general, BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ, “La inmunidad de jurisdicción en el artículo 151 de la Constitución de 1999”, en *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris. Temas sobre la Constitución de 1999*, Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), 2001, pp. 333 a 368.

33 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Contratos administrativos*, cit., pp. 130 a 137.

y, por tanto, están sometidos en su ejecución, la cual, además, en general, se produce fuera del país, a las leyes y tribunales donde se realiza la operación e, incluso, a tribunales arbitrales.

La segunda cláusula de carácter obligatorio, de rango constitucional, regulada en el artículo 151 C., reprodujo exactamente el texto del artículo 127 C. de 1961, y es la llamada cláusula “Calvo”, que implica que en los contratos de interés público también se debe considerar incorporada una cláusula que establezca que por “ningún motivo” ni causa la ejecución de los mismos “puede dar origen a reclamaciones extranjeras”³⁴. El origen de esta cláusula se remonta a la Constitución de 1893 en la cual, al regularse los contratos de interés público, se señaló que los mismos en ningún caso podían ser motivo de reclamaciones internacionales. Esta cláusula establece, por tanto, la improcedencia de reclamaciones diplomáticas de Estados extranjeros contra el Estado venezolano, actuando aquellos Estados por cuenta de súbditos extranjeros, y parte del supuesto de que los extranjeros en el territorio del Estado venezolano se hallan en las mismas condiciones que los nacionales, por lo que si tienen alguna reclamación que formular cuando se puedan considerar lesionados, deben acudir únicamente a los tribunales nacionales. El objeto de la cláusula, en definitiva, es impedir que las divergencias que puedan surgir entre partes en un contrato estatal, en el cual una parte fuera un ciudadano extranjero, pudieran ser consideradas como de naturaleza internacional.

Con relación a las concesiones administrativas, como contratos estatales, también puede identificarse en el ordenamiento constitucional venezolano otra cláusula de carácter obligatorio y que tiene su fundamento en el citado artículo 113 C., que regula las concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o para la prestación de servicios de naturaleza pública, las cuales sólo pueden otorgarse “por tiempo determinado”. En el mismo sentido, el artículo 156.16 C. prohíbe el otorgamiento de “concesiones mineras por tiempo indefinido”. Es evidente, por tanto, de acuerdo con estas normas, la posibilidad de que el Estado otorgue con carácter de exclusividad concesiones para la explotación de bienes públicos o la prestación de servicios públicos por tiempo limitado. La temporalidad, así, puede considerarse como una característica de todas las concesiones, por lo que las leyes especiales que las regulan prevén, en general, lapsos variables, pero siempre precisos, de duración de las mismas.

En este sentido, por ejemplo, las concesiones de servicios públicos municipales, de acuerdo al artículo 41.1 de la derogada Ley Orgánica de Régimen

34 Cfr. *ibíd.*, pp. 137 y ss.

Municipal, sólo podían tener un plazo máximo de 20 años, pero de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, las concesiones de uso para el servicio público de transporte colectivo urbano tendrán una duración no mayor de 5 (art. 75); las concesiones de ferrocarrileras reguladas en la Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional³⁵ deben tener una duración máxima de 40 años; las concesiones para la explotación de productos forestales reguladas en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, conforme al artículo 68, deben tener una duración máxima de 50 años; y asimismo, las concesiones de obras y servicios públicos previstas en la Ley Orgánica sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, de acuerdo al artículo 16, deben tener una duración máxima de 50 años. Por último, en cuanto a las concesiones para el aprovechamiento de aguas, de acuerdo a la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, artículo 92, la duración de las mismas debe ser de 60 años máximo.

Por otra parte, el artículo 129 C. exige la inclusión, en los contratos que celebre la República (contratos de interés público nacional celebrados por la República), de una cláusula de protección ambiental³⁶ en los siguientes términos:

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en lo términos que fije la ley.

Se debe destacar de esta norma que se trata de una cláusula de protección ambiental constitucionalmente obligatoria sólo respecto de los contratos de interés público *nacional*, que celebre la República. En consecuencia, puede considerarse que no es obligatoria en los contratos de interés público estatal ni municipal, que celebren, por ejemplo, los estados y municipios; así como tampoco sería constitucionalmente obligatoria en los contratos de interés público nacional que celebren otras personas jurídicas estatales distintas a la República, como los institutos autónomos o empresas del Estado nacionales.

En cuanto a la aprobación legislativa de los contratos de interés público nacional, la Constitución de 1999, a propuesta nuestra³⁷, cambió radicalmente

35 Decreto Ley 1.445, *Gaceta Oficial* n.º 37.313 del 30 de octubre de 2001.

36 Cfr., en general, ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO, "La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 6, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 31 a 64.

37 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 175 a 177.

la previsión del artículo 126 C. de 1961, que materialmente sometía *todos* los contratos de interés público nacional a la aprobación legislativa, salvo las excepciones (contratos normales en el desarrollo de la Administración Pública y aquellos para los cuales la ley no establecía la aprobación legislativa) que terminaron convirtiéndose en la regla. Por ello, el artículo 150 C. de 1999, siguiendo la orientación mencionada de la práctica legislativa e interpretativa, ahora se limita a señalar que “la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional sólo en los casos que determine la ley”. En consecuencia, sólo cuando mediante ley se determine expresamente que un contrato de interés público nacional debe someterse a la aprobación de la Asamblea, ello se convierte en un requisito de eficacia del contrato (art. 187,9).

Sin embargo, la Constitución exige la aprobación obligatoria por parte de la Asamblea Nacional (arts. 150 y 187.9) solo respecto de los contratos de interés público (no sólo nacional, sino estatal o municipal) que se celebren con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, así como respecto de los traspasos de esos contratos a dichas entidades.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La más importante de las garantías constitucionales, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, es que la justicia se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso, cuyos principios, conforme se establece expresamente en la misma Constitución, se aplican no sólo en las actuaciones judiciales sino administrativas. Ello tiene, en consecuencia, una importante repercusión en relación con la potestad sancionadora de la Administración, la cual necesariamente está sometida a las garantías del debido proceso.

Estas garantías al debido proceso³⁸, además, se han regulado detalladamente en el artículo 49, y han sido analizadas extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándoselas como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho”³⁹, de manera que, “cualquiera sea la vía escogida para la defensa

38 Cfr., en general, ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 89 a 116; e íd., “El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano, Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001*, vol. I, San Cristóbal, pp. 127 a 144.

39 Cfr. sentencia 123 de la Sala Constitucional, caso Sergio J. Meléndez, del 17 de marzo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 143.

de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva⁴⁰.

En particular, en relación con el procedimiento sancionatorio, la jurisprudencia ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho a que la decisión se adopte por el órgano competente (en materia judicial, el juez natural: art. 49.4); el derecho a la presunción de inocencia (art. 49.2); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (art. 49.1); el derecho a ser oído (art. 49.3); el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 49.8); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 49.1); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (art. 49.5), y el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del procesado (art. 26 C.)⁴¹.

Aplicados los principios del artículo 49 C. a los procedimientos administrativos sancionatorios, resulta entonces el siguiente régimen:

El artículo 49.1 C. comienza por establecer no sólo el derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado), los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del procedimiento. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*.

Particularmente, en relación con el derecho a la defensa, el mismo ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia, destacándose, por ejemplo, que:

En cuanto al procedimiento de determinación e imposición de sanciones por ilícitos tributarios, el derecho a la defensa se concreta en el derecho de los sujetos pasivos de la relación tributaria a ser debidamente notificados de cualquier acto administrativo que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses particulares legítimos y directos; en la oportunidad que tiene el administrado para formular los descargos que le permita desvirtuar lo imputado por la Administración en el acta fiscal debidamente notificada; en el derecho del contribuyente o responsable para promover y controlar, en tiempo oportuno, la producción de cualquier prueba razonable y legalmente pertinente, antes de que la Administración adopte la decisión final sobre el fondo del asunto debatido; en el derecho a tener el libre acceso al expediente administrativo; en el derecho a conocer oportunamente las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto

40 Cfr. sentencia de la Sala Constitucional n.º 97 del 15 de marzo de 2000, caso Agropecuaria Los Tres Rebeldes, *ibíd.*, p. 148.

41 Cfr. sentencia 224 del 24 de febrero de 2000, *ibíd.*, pp. 136 y ss.

administrativo determinativo o sancionatorio, lo cual le permitirá accionar ante los organismos competentes; y en poder impugnar en la vía administrativa o judicial un acto administrativo emitido por la Administración tributaria, que afecte, en cualquier forma, sus derechos como contribuyente o responsables⁴².

Por otra parte, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia⁴³, ha desaplicado normas que consagran el principio *solve et repete*, como condición para acceder a la justicia contencioso administrativa, por considerarlo inconstitucional⁴⁴.

En la Constitución de 1999, además, en forma explícita se estableció el principio de que “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario” (art. 49.2), conforme al cual “una persona acusada de una infracción, no puede ser considerada culpable hasta que así lo declare una decisión condenatoria precedida de un procedimiento suficiente para procurar su dimensión”. El particular tiene entonces derecho a ser presumido inocente, lo que equivale a que su eventual condena sea precedida por “una actividad probatoria suficiente con la participación del acusado y con un adecuado razonamiento del nexo causal entre la norma y la situación concreta, sin que baste la mera sospecha o conjetura”⁴⁵.

El artículo 49.3 C. regula, además, el derecho de toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por el órgano administrativo competente e imparcial establecido con anterioridad. Este derecho comprende, por supuesto, el derecho de formular alegatos y presentar pruebas en el procedimiento.

De acuerdo con el mismo artículo 49.1 C., como parte del debido procedimiento se establece la garantía fundamental en materia probatoria, conforme a la cual se consideran como nulas *las pruebas* obtenidas mediante violación del debido proceso.

El mismo artículo 49.1 C., también como manifestación del derecho a la defensa, consagra el derecho de toda persona declarada culpable a recurrir de

42 Cfr. antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia 3682 del 19 de diciembre de 1999, *Revista de Derecho Público*, n.º 79 y 80, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1999.

43 Cfr. en ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, vol. VII, “La justicia contencioso administrativa”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997, pp. 196 y ss.

44 Cfr. Sala Constitucional, sentencia 321 del 22 de febrero de 2002, caso Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del municipio Guacara del Estado Carabobo, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 142 y ss.

45 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 315 del 19 de marzo de 2001 *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 103 y ss.

la decisión sancionatoria, con lo que se regula el derecho a la doble instancia, que consiste en la efectiva posibilidad de revisión de las decisiones dictadas con ocasión de un procedimiento, esto es, de someter la decisión al conocimiento posterior de un órgano de mayor jerarquía en la pirámide organizativa de la Administración. Con esta disposición, adquiere rango constitucional el derecho al recurso jerárquico en los procedimientos administrativos.

El artículo 49.6 C. recoge el principio tradicional de que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes; principio que, por supuesto, es aplicable a los procedimientos sancionatorios.

Además, en materia sancionatoria también tiene rango constitucional el principio *non bis in idem* que recoge el artículo 49.7 C., al establecer que ninguna persona puede ser sometida a un procedimiento sancionatorio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido sancionado anteriormente.

VII. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad se da, como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse⁴⁶. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación de hecho. En esos casos, la Administración tiene la elección, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una situación de hecho, por lo que es posible afirmar que “la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas”⁴⁷.

Por ello, en algunas de las leyes de procedimientos administrativos se ha regulado el ejercicio de la potestad discrecional, entendida como la posibilidad que da la ley al funcionario de adoptar decisiones según su apreciación de la

46 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “Los límites a la actividad discrecional de las autoridades administrativas”, en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, agosto 1966)*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, pp. 255 a 279; en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 2, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1966, pp. 9 a 35; y en *id.*, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. 1, “El ordenamiento constitucional y funcional del Estado”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 15 a 41.

47 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1.º de junio de 2001 (consultada en original).

oportunidad y conveniencia, pudiendo normalmente adoptar varias decisiones que de acuerdo a la apreciación de los hechos y a la finalidad de la norma, todas, si se aplican, podrían ser igualmente justas.

En todo caso, si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en todos los países iberoamericanos, es el proceso de redefinición del ámbito de la discrecionalidad y de limitación de la misma. Este puede decirse que es el signo común del derecho administrativo y, en particular, de las leyes de procedimiento administrativo.

El esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido, entonces, en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que, progresivamente, se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso de la utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en la atribución de competencias. Como lo precisó la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, al distinguir los conceptos jurídicos indeterminados de las llamadas potestades discrecionales:

Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente⁴⁸.

Por otra parte, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe destacarse el esfuerzo por establecer límites a la discrecionalidad, en el artículo 12, al disponer que, “Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

En todo caso, con enunciados de esta naturaleza en una ley de procedimiento administrativo, sin duda el juez contencioso administrativo dispone de efectivas herramientas para controlar la legalidad de la actuación de la Administración, más allá de los aspectos formales de tal actuación.

48 Cfr. sentencia 100 del 19 de mayo de 1988, *Revista de de Derecho Público*, n.º 34, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988, p. 69.

VIII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Conforme al sistema establecido en la Constitución venezolana, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la consecuencia de la consagración del principio de la legalidad y la garantía del Estado de derecho.

Este sistema de control judicial de las actuaciones del Estado puede decirse, además, que es de carácter universal y cerrado, en el sentido de que ninguno de los actos estatales puede escapar al control del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de los mismos; control que se ejerce, en general, además de a través de la jurisdicción ordinaria, a través de la jurisdicción constitucional, de la jurisdicción contencioso administrativa y de la jurisdicción contencioso electoral⁴⁹.

En efecto, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos ejecutivos de rango y valor de ley (decretos leyes) y los actos de gobierno están sometidos exclusivamente al control de la constitucionalidad que está a cargo de la jurisdicción constitucional, que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a las sentencias, ellas están sometidas al control judicial ordinario mediante las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso extraordinario de casación ante las salas de Casación Civil, de Casación Social y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Y en cuanto a los actos administrativos, al ser de carácter sublegal, como ya se ha dicho, están sometidos al control judicial tanto por parte de la jurisdicción contencioso administrativa como de la jurisdicción contencioso electoral. La primera, la integran la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que se han establecido por la ley, y la segunda la integra, básicamente, la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos específicos del control de legalidad e inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por los órganos que ejercen el poder electoral (Consejo Nacional Electoral, sus comisiones y órganos subalternos).

Lo importante a señalar sobre este control contencioso administrativo es que el mismo se realiza en relación con *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados no sólo de los órganos de la Administración Pública, sino de los órganos legislativos, de los tribunales, e incluso de entidades privadas.

49 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, cit.

La jurisdicción contencioso administrativa, por otra parte, se ha constitucionalizado en Venezuela desde 1961, en una norma ahora contenida en el artículo 259 C. de 1999⁵⁰, cuyo texto es el siguiente:

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

Ha sido precisamente con base en esta norma constitucional que la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia fue elaborando las bases del contencioso administrativo⁵¹, las cuales, desarrolladas por la doctrina nacional⁵², condujeron a la sanción en 1976 de la ahora derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁵³, en cuyas normas se reguló el procedimiento contencioso administrativo ante dicha Corte. En las disposiciones transitorias de esa ley, además, se reguló la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, con indicación de los diversos tribunales que la integran, además de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema: la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en 2004 se ha creado una Corte Segunda) y ocho tribunales superiores contencioso administrativos ubicados en las diversas regiones del país.

En mayo de 2004 se sancionó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁴, en la cual y a pesar de las imperfecciones de sus nuevas disposicio-

50 Cfr. en general, *id.*, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, cit.

51 En cuanto a la jurisprudencia, cfr. *id.*, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de derecho administrativo*, t. v, cit.; e *id.* y LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996.

52 Cfr. BREWER-CARIAS, *Estado de derecho y control judicial*, cit. pp. 281 y ss.; *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, vol. VII, cit.; ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Caracas, Edit. Sherwood, 1998; VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Caracas, Vadell Hermanos, 1998.

53 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976, *Gaceta Oficial* n.º 1.893, extra., del 30 de julio de 1976. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS y JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989.

54 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial*, n.º 37942 del 20 de mayo de 2004. Cfr. BREWER-CARIAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, cit.

nes transitorias, que han afectado la base legal fundamental de la organización de la jurisdicción, se han vuelto a regular los principios del procedimiento contencioso administrativo (arts. 18 a 21) siguiendo literalmente lo que establecía la derogada Ley Orgánica; conservándose, además, la organización de la jurisdicción transitoriamente hasta que se dicte la ley especializada sobre lo contencioso administrativo.

De acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela es una jurisdicción especial integrada al poder judicial. En Venezuela, por tanto, el derecho administrativo no se ha construido con base en criterios que hayan surgido de una distinción entre las competencias de la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa, tan extendido en el derecho administrativo francés, y que han sido seguidos en algunos países latinoamericanos, como por ejemplo en Colombia. En Venezuela, al contrario, la tradición ha sido la existencia de una competencia especializada de determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero integrados en el poder judicial⁵⁵.

La Constitución, por otra parte, en su artículo 258 remite a la ley para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos⁵⁶. En lo que se refiere al arbitraje, en materia administrativa ello está aceptado, siempre que por la naturaleza comercial del contrato pueda establecerse la cláusula arbitral conforme al artículo 151 C., cuyo contenido se analizará más adelante al hacer referencia a los contratos del Estado.

Ahora bien, una de las importantes innovaciones de la Constitución de 1999 ha sido la previsión expresa del derecho de las personas a la tutela judicial efectiva⁵⁷ que proviene del constitucionalismo español (art. 21,1 C. de 1978), lo que en materia de control judicial contencioso administrativo de la Administración implica precisar cuáles son los poderes que el juez puede ejercer para

55 Cfr. MARTÍN PÉREZ GUEVARA, "Prólogo", en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de derecho administrativo*, t. II, "Ordenamiento orgánico y tributario del Estado", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 1 a 10.

56 Sobre el arbitraje como medio alternativo de justicia cfr. la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo n.º 186 del 14 de febrero de 2001, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 253 y ss.

57 Cfr. en general, INGRID CANCELADO RUIZ, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 4, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 75 a 139; RAFAEL G. PRADO MONCADA, "De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (Avances normativos a raíz de la Constitución de 1999)", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 9, Caracas, Edit. Sherwood, 2000, pp. 93 a 119.

satisfacer las pretensiones que le formulen los recurrentes, incluso en defensa de intereses colectivos o difusos.

En el sistema venezolano, estas técnicas de control judicial de la Administración se pueden identificar a través de los siguientes poderes del juez contencioso administrativo, que permiten indicar el carácter subjetivo del proceso contencioso administrativo⁵⁸:

En *primer lugar*, el juez contencioso administrativo puede declarar la nulidad de los actos administrativos por inconstitucionalidad o ilegalidad, en general, por contrariedad al derecho. Ello está establecido no sólo en los artículos 259 y 266 C., sino también en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Conforme a estas normas, el Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo tienen la atribución de declarar “la nulidad de actos administrativos, generales o individuales, contrarios a derecho, incluso por desviación de poder”. La legitimación para recurrir varía según se trate de actos administrativos de efectos particulares, en cuyo caso la ley exige un interés personal, legítimo y directo; o de actos administrativos de efectos generales, o normativos, en cuyo caso se trata de una acción popular.

Pero además, de acuerdo al párrafo 18 del artículo 21 de la Ley Orgánica, con la pretensión de anulación también puede formularse una pretensión de condena derivada precisamente de esa anulación, y así la sentencia, además de anular el acto, puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. En este campo, la pretensión de anulación, por tanto, también puede estar acompañada de una pretensión de condena e, incluso, de una pretensión de amparo de los derechos fundamentales.

Aparte de estas cuestiones de anulación y condena que se pueden suscitar ante la jurisdicción contencioso administrativa, en *segundo lugar*, están todas las otras cuestiones en las cuales no se plantea la nulidad de actos administrativos. En efecto, la Constitución en su artículo 259 también atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Ello da origen a competencias en las cuales los tribunales contencioso administrativos no entran a declarar o no la nulidad de un acto administrativo por motivos de ilegalidad,

58 Cfr. BREWER-CARIAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, cit.

sino que tienen una competencia amplia para conocer y decidir con plenitud, dentro de los límites de su competencia, de todas las demandas que se intenten contra los entes públicos estatales nacionales y empresas nacionales del Estado. La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de esta competencia cuando insiste en su artículo 259 sobre “la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. De acuerdo a esta norma, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia como para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto, en un derecho subjetivo.

En esta forma, de acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, en estos casos de demandas contra los entes públicos, la decisión del juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual no esté envuelta la nulidad de un acto administrativo. En tal sentido, el párrafo 18 del artículo 21 *ibídem* dispone que en su fallo definitivo el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con los términos de la solicitud, podrá condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Agrega la norma, sin embargo, que cuando la acción hubiese sido temeraria o evidentemente infundada, el Tribunal podrá imponer al solicitante multa por montos determinados.

Desde la promulgación de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, por tanto, puede decirse que en Venezuela desapareció toda distinción entre el “recurso de anulación”, por una parte, y el “recurso de plena jurisdicción”, por la otra; pues si la pretensión de condena a la Administración deriva de la ilegalidad de un acto administrativo, debe formularse la pretensión de anulación, y junto con ella, en el contencioso de anulación de los actos administrativos, la pretensión de condena de acuerdo a lo previsto en el citado párrafo 18 del artículo 21 de la Ley Orgánica. En esta forma, el llamado “contencioso de plena jurisdicción”, después de la Ley de 1976 y de la actual, quedó reducido a las demandas contra la República y los otros entes nacionales estatales, sin que en ellas se planteen pretensiones de anulación; y el contencioso de anulación se convirtió en un *contencioso de los actos administrativos*, sea con la sola pretensión de anulación de los mismos o con pretensiones de condena e, incluso, de amparo, anexas a éstas.

En *tercer lugar*, y conforme a la previsión que se estableció en la Ley Orgánica de 1976, como un aspecto específico del contencioso de las demandas,

se destaca el *contencioso de los contratos administrativos*, al atribuirse a la Sala Político Administrativa competencia para conocer de las “cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sean parte la República, los Estados o los municipios”, conforme a determinadas cuantías (art. 5.º, párr. 1.º, 25). Se trata, sin embargo, de un contencioso limitado sólo al conocimiento de los “contratos administrativos” suscritos por los entes públicos territoriales, y no por los otros entes públicos como los institutos autónomos o las empresas del Estado. Se trata, por lo demás, de la única norma en el ordenamiento jurídico que en general usa la expresión “contratos administrativos”, lo que complica su identificación, como se analizará más adelante.

En *cuarto lugar*, y como una innovación de la Constitución de 1999, un cuarto tipo de competencia que puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso administrativa se refiere a los reclamos por la prestación de los servicios públicos. Se abre así el campo del *contencioso de los servicios públicos*, que sin embargo la Ley Orgánica no reguló. En esta materia, sólo se reguló en el artículo 5.º párrafo 1.º, 37, la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo para “conocer y decidir, en segunda instancia, las apelaciones y demás acciones o recursos contra las sentencias, dictadas por los tribunales contencioso administrativos, cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal, que decida sobre las acciones de reclamos por la prestación de servicios públicos nacionales”.

En *quinto lugar*, además de los poderes de anulación y de condena, y del contencioso de los contratos administrativos y de los servicios públicos, otra competencia puede ser ejercida por la jurisdicción contencioso administrativa: es la relativa a la interpretación abstracta de las leyes. Su regulación específica se inició con la Ley de Carrera Administrativa de 1970 en la cual, dada su novedad, se previó un recurso de interpretación ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, en relación con las dudas que pudieran surgir en cuanto a la aplicación e interpretación de dicha ley y sus reglamentos, aclarándose que el ejercicio de dicho recurso no podía ser motivo para la paralización de ninguna medida que las autoridades competentes puedan ordenar⁵⁹. Mediante esta norma legal se puede decir que por primera vez en Venezuela se consagró expresamente la competencia de interpretación atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa aun cuando, en este caso, limitada al contencioso funcional.

59 Artículo 64 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970.

Posteriormente, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 se estableció en forma general la competencia del Supremo Tribunal para “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales”, pero “en los casos previstos en la Ley” (art. 42.24), con lo cual quedaba por ser regulada dicha competencia. Con base en ello, en todo caso, la antigua Corte Suprema de Justicia se reservó conocer, incluso, del recurso de interpretación previsto en la derogada Ley de Carrera Administrativa. En la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, el contencioso de interpretación quedó establecido en el artículo 5.º, párrafo 1.º, 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, pero como una competencia general de todas las salas, correspondiendo a la sala afín con la materia debatida, en la siguiente forma: “Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere”.

En *sexto lugar*, otra competencia general de la jurisdicción contencioso administrativa que deriva del artículo 5.º, párrafo 1.º, 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (establecida desde la derogada Ley de 1976), es la atribuida a la Sala Político Administrativa para “Conocer de la abstención o negativa del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo de la República y de los Ministros del Ejecutivo nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes”⁶⁰. Se trata del contencioso administrativo *contra la carencia administrativa* que ya se había previsto en la Ley de 1976 y cuyas modalidades han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia⁶¹.

Por otra parte, debe mencionarse como otra de las innovaciones constitucionales la consagración del derecho de acceso a la justicia con expresa mención

60 Esta competencia estaba regulada en los artículos 42 ordinal 23 y 182.1 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “La abstención, silencio y negativa de la Administración y su control”, en *El derecho venezolano en 1982. Ponencias venezolanas al Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 603 y ss.

61 Cfr. en general, CARLOS L. CARRILLO ARTILES, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1996; y DANIELA UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, Funeda, 2003.

de la protección judicial de los intereses colectivos y difusos⁶², y no sólo de los intereses subjetivos y particulares. Los intereses difusos han sido caracterizados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como los que conciernen a la calidad de la vida (condiciones básicas de existencia) de toda la comunidad o sociedad, que se difunden entre todos los individuos de la comunidad. Este *derecho o interés difuso*, ha agregado la Sala Constitucional, “debido a que la lesión que lo infringe es general (a la población o a extensos sectores de ella), vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas sólo por la misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de una sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución”. Por tanto, es la afectación o lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que lo caracteriza.

Los daños al ambiente o a los consumidores son, así, daños que afectan intereses difusos, aunque ocurran en una determinada localidad, pues tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo, y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente o de los consumidores. Esa lesión a la población, que afecta con mayor o menor grado a todo el mundo, que es captada por la sociedad conforme al grado de conciencia del grupo social, es diferente a la lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían los habitantes de una zona del país afectados por una construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son en cambio, los *colectivos*, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe o puede existir

62 Cfr. en general, JOSÉ L. VILLEGAS MORENO, “Los intereses difusos y colectivos en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 2, Caracas, Edit. Sherwood, 2000, pp. 253 a 269; ANA E. ARAUJO GARCÍA, “El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. III, cit., pp. 2703 a 2717; íd., “El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos”, *Revista de Derecho*, n.º 4, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1 a 29; MARIOLGA QUINTERO TIRADO, “Aspectos de una tutela judicial ambiental efectiva”, en *Nuevos estudios de derecho procesal. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 189 a 236; FLOR M. ÁVILA HERNÁNDEZ, “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la Constitución venezolana de 1999”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, t. III, cit., pp. 2719 a 2742.

un vínculo jurídico que los une entre ellos. De ello dedujo la Sala Constitucional que “[son] los *difusos* los de mayor cobertura, donde el bien lesionado es más generalizado, ya que atañe a la población en extenso, y que al contrario de los *derechos e intereses colectivos*, surgen de una prestación de objeto indeterminado; mientras que en los *colectivos*, la prestación puede ser concreta, pero exigible por personas no individualizables”. Los intereses difusos, por ejemplo, se refieren a los daños al ambiente; en cambio, es un interés colectivo “El interés de los vecinos de una urbanización, o un barrio, que se ve desmejorado en sus servicios públicos por una construcción, por ejemplo, también responde a un bien jurídico suprapersonal, pero es determinable, localizable en grupos específicos, y ese es el interés que permite la acción colectiva”⁶³.

Si bien la Constitución atribuye expresamente al Defensor del Pueblo la atribución de amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los servicios públicos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos (art. 281.2), la legitimación activa para proteger esos derechos e intereses colectivos y difusos no está reservada en exclusiva a dicho funcionario. Cualquier persona legitimada para intentar una acción contencioso administrativa puede invocar la representación de intereses difusos o colectivos, siempre que “el que acciona lo haga en base no sólo a su derecho o interés individual, sino en función del derecho o interés común o de incidencia colectiva”; que “la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida”; y “que exista un vínculo, así no sea jurídico, entre quien demanda en interés general de la sociedad o de un sector de ella (interés social común), nacido del daño o peligro en que se encuentra la colectividad” (como tal)⁶⁴.

63 Cfr. Sala Constitucional, sentencia 656 del 30 de junio de 2000, caso Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional, citada en la sentencia 279 del 19 de febrero de 2002 de la Sala Constitucional, caso Ministerio Público vs. Colegio de Médicos del Distrito Capital, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 390 y ss.

64 Cfr. sentencia 1048 del 17 de agosto de 2000, caso William Ojeda vs. Consejo Nacional Electoral, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 325 y ss.

IX. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Además del control judicial de la Administración Pública, la Constitución establece el control parlamentario y el control fiscal. En cuanto al primero, se atribuye a la Asamblea Nacional y a sus comisiones, a cuyo efecto el artículo 222 C. dispone que la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos⁶⁵ y solicitar al poder ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus comisiones⁶⁶.

De acuerdo con el artículo 223 C., todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra.

A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional, en 2001 se dictó la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus comisiones⁶⁷, con el objeto, precisamente, de establecer las normas que rigen

65 Cfr. sobre esto, ALLAN R. BREWER-CARÍAS "Aspectos del control político sobre la Administración Pública", *Revista de Control Fiscal*, n.º 101, Caracas, Contraloría General de la República, 1981, pp. 107 a 130.

66 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos", *Revista de Derecho Público*, n.º 10, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 25 a 42.

67 Cfr. Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de funcionarios y funcionarias públicos y los o las particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, Ley 30, en *Gaceta Oficial* n.º 37.252 del 2 de agosto de 2001.

la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus comisiones, así como las sanciones por el incumplimiento a las mismas. Dicha ley dispone que la Asamblea Nacional, o sus comisiones, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede acordar, conforme a su reglamento, la comparecencia ante la plenaria, o ante sus comisiones, de todos los funcionarios públicos, así como de los particulares “preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales, a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el Gobierno nacional, estatal y municipal, y sobre la Administración descentralizada, le correspondan” (art. 3.º).

Cuando con motivo de la comparecencia de un funcionario público, persona natural o representantes de personas jurídicas se determinen fundados indicios que hagan presumir la existencia de ilícitos administrativos que comprometan el patrimonio público, conforme se establece en el artículo 19 de la ley, “las actuaciones de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva constituyen medios de prueba vinculantes, para que la Contraloría General de la República abra la averiguación correspondiente sobre la responsabilidad administrativa de las personas involucradas”. Si en esos casos se determinan fundados indicios de la comisión de ilícitos penales, también dispone el artículo 20 idem que “las Actas de las comparecencias constituyen actuaciones preliminares similares a las exigidas en la fase preparatoria del juicio penal”, las cuales adminiculadas deben ser pasadas al Ministerio Público para que ejerza la acción correspondiente contra las personas involucradas.

Pero además del control parlamentario, la Administración Pública está sometida al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, que es uno de los órganos del poder ciudadano y que, conforme al artículo 287 C., es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control⁶⁸.

Entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 289 C., además de la ya señalada, están las de controlar la deuda pública, inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el

68 Cfr. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., “La Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 21 a 38.

inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley; instar al Fiscal General de la República a que ejerza las acciones judiciales a que hubiere lugar con motivo de las infracciones y delitos cometidos contra el patrimonio público y de los cuales tenga conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones; y ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes⁶⁹.

A los efectos de desarrollar estos principios constitucionales relativos al sistema nacional de control fiscal (art. 290), se ha sancionado la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Ley 59)⁷⁰, la cual, en su artículo 9.º, sujeta a sus disposiciones y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República a todos los órganos y entidades del Estado, en los tres niveles territoriales.

X. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Uno de los principios de rango constitucional más importantes en relación con el derecho administrativo en Venezuela es el de la responsabilidad administrativa, tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares.

En efecto, un principio fundamental que rige para todos los órganos del Estado, es decir, que ejercen el poder público, y por supuesto, para la Administración Pública, es el regulado en el artículo 139 C., que recoge otra norma tradicional de nuestro constitucionalismo, y es el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio del poder público⁷¹. Dispone dicha norma que “El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución

69 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS et ál., *Leyes orgánicas del poder ciudadano*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

70 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

71 Cfr., en general, JESÚS CABALLERO ORTIZ, “Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y en España y su recepción en la Constitución venezolana de 1999”, en *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. II, cit., pp. 255 a 271; LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, cit., pp. 149 a 208.

o de la Ley”. Esta norma recoge el principio del artículo 121 C. de 1961, pero agregando ahora la “desviación de poder” dentro de los supuestos que generan responsabilidad del funcionario; vicio de los actos administrativos que reafirma su rango constitucional.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios que causen daños al ejercer el poder público se puede originar cuando ello ocurra por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, p. ej.); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al usarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho⁷².

La Constitución, por otra parte, y también siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo, reitera el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero en particular respecto de los actos que dicten, ordenen o ejecuten que violen o menoscaben los derechos garantizados constitucionalmente; responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa, sin que puedan servir de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario (art. 25). Este mismo principio lo repite el artículo 8.º LOAP, en relación con los funcionarios de la misma.

En estos casos, conforme al artículo 10.º *ibídem*, y sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución (art. 26) y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público pueden, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva “la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria” en que hubiere incurrido dicho funcionario. Igualmente, pueden acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite ante el Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios, de conformidad con la ley.

A los efectos, incluso, de la posibilidad de exigencia de responsabilidad, la Ley Orgánica establece el principio de rendición de cuentas, al disponer su artículo 11 que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública deben “rendir cuentas de los cargos que desempeñen en los términos y condiciones que determine la ley”.

72 Sobre estos vicios, Cfr. BREWER-CARIAS, *Estado de derecho y control judicial*, cit., pp. 528 y ss.

Por otra parte, una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del poder público es la previsión expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales, básicamente la que resulta de la distribución vertical del poder público (República, estados y municipios), por los daños y perjuicios que causen los funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En la Constitución de 1961 el principio de la responsabilidad del Estado se deducía de la previsión del artículo 47 que establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por daños causados por “autoridades legítimas en ejercicio de su función pública”; y del artículo 206, que regulaba la jurisdicción contencioso administrativa (equivalente al art. 259 C. de 1999), al atribuirle a los tribunales de dicha jurisdicción competencia para dictar sentencias de condena “al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”.

En la nueva Constitución se incluyó una norma expresa en la materia⁷³, con el siguiente texto:

Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

La expresión “funcionamiento de la Administración Pública”, de carácter muy genérico, como se ha dicho, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento tanto normal como anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o, en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica⁷⁴.

73 Cfr. nuestra propuesta en *id.* *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., pp. 184 y ss.

74 Cfr. en general, LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, 1995; MARGARITA ESCUDERO LEÓN, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. II, cit., pp. 2310 a 2329; MARÍA E. SOTO, “Régimen constitucional de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, *Revista Lex Nova*, n.º 239, Maracaibo, Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2001, pp. 49 a 72; LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, cit., pp. 149 a 208; ANA C. NÚÑEZ MACHADO, “La nueva Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Vadell Hermanos, 2000, pp. 35 a 64; ABDÓN SÁNCHEZ NOGUERA, “La responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional en la Constitución venezolana de 1999”, *Revista Tachirensis de Derecho*, n.º 12, San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, 2000, pp. 55 a 74; LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*,

Se observa, ante todo, que conforme a este artículo la responsabilidad es del “Estado”, es decir, de las personas jurídicas estatales en particular, de la República, de los estados y de los municipios en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus administraciones públicas.

Ahora bien, en cuanto a la expresión “Administración Pública” utilizada en este artículo, en todo caso debe interpretarse conforme se utiliza la expresión en el título IV C., donde está ubicada, abarcando no sólo la Administración Pública conformada por los órganos que ejercen el poder ejecutivo en los tres niveles político territoriales, sino la conformada por los órganos que ejercen el poder ciudadano y el poder electoral, así como la Administración Pública que constituye la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia y las unidades administrativas de la Asamblea Nacional.

La redacción de la norma, sin embargo, podría plantear dudas sobre su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado legislador, causada, por ejemplo, al sancionar una ley, la cual, sin embargo, deriva de los principios generales del derecho público⁷⁵. En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos judiciales o de los jueces, ésta, sin embargo, sí está regulada expresamente en los artículos 49.8 y 255 C.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por la actividad de la Administración Pública, por otra parte, lo reitera el artículo 14 LOAP, el cual, aun cuando en forma impropia, dispone que la responsabilidad patrimonial sería de la “Administración Pública”, cuando esta en realidad no es sujeto de derecho ni persona jurídica. La norma, en efecto, señala:

La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios por su actuación.

La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

La “Administración Pública”, en efecto, no puede ser responsable pues no es un sujeto de derecho; la responsabilidad es de las personas jurídicas estatales

n.º 1, Caracas, Edit. Sherwood, 1999, pp. 267 a 312; ANA C. NÚÑEZ MACHADO, “Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el artículo 140 de la Constitución sobre responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 15, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 207 a 222; ALFONSO RIVAS QUINTERO, *Derecho constitucional*, Valencia, Paredes Eds., 2002, pp. 276 y ss.

75 Cfr. CARLOS A. URDANETA SANDOVAL, “El Estado venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, 2001, pp. 247 a 301.

político territoriales, (República, estados, municipios, distritos metropolitanos), o descentralizadas (p. ej., institutos autónomos) que la Constitución comprende en la expresión “Estado”.

La Sala Constitucional ha sentado criterio de que la Constitución de 1999 establece un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración, mucho más amplio del establecido en la Constitución de 1961, del cual “no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario *como fundamento único* del sistema indemnizatorio”. En consecuencia, la Sala, apartándose del criterio restringido que había sido establecido por la Sala Política Administrativa⁷⁶, resolvió que “la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño”⁷⁷. Sin embargo, como se ha dicho, no se trata de una responsabilidad que sea sólo de carácter objetivo.

XI. EL SERVICIO PÚBLICO Y SU RÉGIMEN DE COMPETENCIA

La actividad administrativa, por esencia, incide en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el derecho administrativo, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre las personas jurídicas estatales como sujetos de derecho actuando a través de los órganos de la Administración Pública, y los administrados, como consecuencia de la gestión del interés público que, en concreto, aquéllas tienen que asumir.

En estas relaciones está otro de los elementos claves del derecho administrativo contemporáneo: el necesario equilibrio, en un régimen democrático, que tiene que establecerse entre los poderes y prerrogativas de los órganos de la Administración Pública y los derechos de los particulares o administrados, lo cual plantea unas especiales exigencias en un régimen de derechos y garantías ciudadanas.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que declara la Constitución, corresponde a la legislación propia del derecho administrativo su

76 Cfr. sentencia 943 del 15 de mayo de 2001 (consultada en original).

77 Cfr. sentencia 2818 del 19 de noviembre de 2002, caso Ramón Óscar Carmona Vásquez, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 113 y ss.

regulación, actualización, limitación y protección concretas, y con ello la de las diversas formas de la actividad administrativa, que corresponden a las clásicas formas o cometidos de: policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos.

La primera, la actividad de policía, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta en la política de estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado como consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la actividad de control, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de gestión del interés general, puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona, incluso directamente, actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el derecho administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

Ahora bien, en particular en relación con los servicios públicos, a pesar de las sucesivas crisis que ha tenido en la historia del derecho administrativo, esa noción continúa siendo clave para nuestra disciplina. Incluso, su carácter escurridizo y multivalente no puede impedir que se pueda definir el concepto como referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente”⁷⁸.

78 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, abril-junio 1981, pp. 65 a 71; id., “El régimen constitucional de los servicios públicos”, en

De esta definición resulta lo siguiente:

En *primer lugar*, que se trata siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés de todos, de interés público o colectivo, por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, el público en general.

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional corresponde cumplirla obligatoriamente al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en una ley. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen en cumplimiento de una obligación constitucional o legal, lo que implica la regularidad y continuidad.

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, el público en general, tiene un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, la cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura como servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares. No es que necesariamente la actividad queda excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que en relación con ella ésta no puede desarrollarse libremente.

Es decir, la libertad económica, como derecho de toda persona de “dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia” (art. 112 C.), está limitada, constitucional o legalmente, en una proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado realiza, por ejemplo, como mero empresario, que no se ejecutan en virtud del

El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión). VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías 2002, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2003, pp. 19 a 49; JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano”, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 47 a 75.

cumplimiento de obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente.

En consecuencia, la declaración de una actividad como servicio público que, por tanto, se cumple por el Estado en ejecución de una obligación constitucional o legal, da origen a dos consecuencias fundamentales en relación con los particulares y el mercado:

Por una parte, que con motivo de la obligación jurídica del Estado surge una relación jurídica, en cuyo otro extremo está, como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

El servicio público así entendido se presenta entonces siempre como una restricción a la libertad económica de los particulares. Por ello es que la creación de un servicio público, es decir, el establecimiento de la obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley, pues sólo en esos textos, conforme al principio de la reserva legal previsto en la propia Constitución (art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.

Esta consecuencia de la noción de servicio público es la más importante desde el punto de vista jurídico: que cuando una actividad prestacional se erige en servicio público, es decir, se impone obligatoriamente al Estado, sea a la República, a los estados o a los municipios, se restringe automáticamente la libertad económica de los particulares en el sentido de que no pueden, libremente, ejercer dicha actividad.

Es evidente, por supuesto, que el ámbito de esta restricción no es uniforme, pues depende de la regulación concreta que se establezca en la Constitución o en la ley. Las normas pueden establecer una variada gama de restricciones a la libertad económica que pueden ir desde la exclusión total de la actividad económica de los particulares en el ámbito de la actividad prestacional, por ejemplo, cuando el Estado se la reserva con carácter de exclusividad, hasta la previsión de una concurrencia casi sin restricciones, entre la actividad pública y la actividad privada, pasando por los supuestos en los cuales, a pesar de que el Estado se reserve el servicio, los particulares pueden prestarlo mediante concesión.

Por tanto, según la intensidad de la restricción a la libertad económica que acarrea la consideración de una actividad como servicio público, se pueden distinguir tres grandes categorías de servicios públicos: los servicios públicos exclusivos y excluyentes; los servicios públicos exclusivos, pero concesibles, y los servicios públicos concurrentes.

La primera categoría de servicios públicos abarca aquellos reservados al Estado en forma absoluta, de manera que los particulares no pueden, en forma

alguna, prestarlos. La Constitución, en general, salvo en relación con los servicios públicos vinculados a la seguridad de la Nación y a los fines del Estado, no establece directamente ningún servicio público de esta naturaleza, pero permite que la ley los pueda establecer en determinados supuestos. En efecto, el artículo 302 C. establece expresamente la posibilidad que tiene el Estado de reservarse, mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional, “industrias, explotaciones, *servicios y bienes de interés público*”.

De acuerdo con este artículo, por tanto, mediante ley orgánica podría establecerse un servicio público para ser prestado en forma exclusiva por el Estado, excluyendo a los particulares del ámbito del mismo. Una reserva de este tipo tendría por efecto fundamental establecer una exclusión a la libertad económica de los administrados, la cual no podría desarrollarse, en forma alguna, respecto del servicio reservado. En estos casos, la reserva de servicios provocaría el establecimiento de un *monopolio de derecho* a favor del Estado, configurándose el supuesto del artículo 302 C. como una excepción a la prohibición de los monopolios que regula el artículo 113 de la propia Constitución. En el ordenamiento jurídico actual no existe ningún servicio público de esta naturaleza.

Una segunda categoría de servicios públicos estaría configurada por aquellos que aun siendo atribuidos en forma obligatoria y exclusiva al Estado, es decir, a la República, a los estados o a los municipios, y estando reservados a los entes públicos, ello no se ha hecho en forma excluyente, por lo que mediante concesión podría permitirse a los particulares la prestación de los mismos en determinadas condiciones. La Constitución ha regulado en muchas normas esta categoría de servicios públicos, como servicios públicos exclusivos y no excluyentes, por tanto, concesibles, a cuyo efecto ha establecido en general, en el artículo 113, que cuando se trate de “prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

Esta norma establece, por tanto, que cuando se trate de una actividad declarada como servicio público exclusivo del Estado, pero no excluyente, sea que se vaya a prestar en forma exclusiva o no, el Estado puede otorgar concesiones por tiempo determinado. Por supuesto, corresponde a la ley la determinación del carácter exclusivo del servicio que permita, sin embargo, que su prestación se pueda conceder a los particulares.

La consecuencia de ello es que en virtud de la reserva, los particulares no tendrían libertad económica respecto de las actividades que configuran estos servicios, es decir, en esos supuestos los particulares *no tienen derecho* a realizar las actividades económicas que los configuran. Pueden, sí, obtener ese derecho

mediante un acto administrativo bilateral, que es la concesión de servicio público, a través de la cual se transfiere a los particulares un derecho que antes no tenían y que se constituye por dicho acto.

En relación con estos servicios, y con excepción de los de carácter municipal (abastecimiento de aguas⁷⁹, recolección de desechos sólidos⁸⁰, transporte público de pasajeros) o de prestación local⁸¹, puede decirse que en Venezuela se ha venido produciendo un proceso de liberalización, de manera que el régimen de concesión no encuentra ahora regulación sino excepcionalmente, por ejemplo, en materia de transporte, como el ferroviario⁸² o de instalaciones portuarias⁸³. En materia de telecomunicaciones, en cambio, puede decirse que la actividad económica se liberalizó, correspondiendo al Estado la regulación del servicio a través del ente regulador, como es la Comisión Nacional de Telecomunicaciones creada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁸⁴. En sentido similar, el servicio eléctrico también se ha liberalizado conforme a la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico⁸⁵, correspondiendo a la Comisión Nacional de Energía, como ente regulador, el control de las actividades particulares en ese campo. En ambos casos, sujetas a la obtención de autorizaciones, permisos y licencias.

Un tercer tipo de servicio público está configurado por aquellas actividades prestacionales también impuestas obligatoriamente al Estado, pero respecto de las cuales el ordenamiento constitucional también consagra un derecho de los particulares a prestarlos, como sucede, por ejemplo, en materia de servicios educativos y de atención a la salud. En estos casos, el establecimiento de una actividad como servicio público lo que produce, como consecuencia, es una limitación a la libertad económica de los particulares, que requieren para ello, por ejemplo, de un registro ante la autoridad pública. No se trata, por tanto, de que la actividad económica se excluya del ámbito de los particulares, como sucede en los casos anteriores, sino de una limitación a su ejercicio. Por ello, en

79 Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, Ley 75, *Gaceta Oficial* n.º 5.568, extra., del 31 de diciembre de 2001.

80 Este servicio, sin embargo, se ha regulado como de competencia concurrente en los tres niveles territoriales, en la Ley de residuos y desechos sólidos, *Gaceta Oficial* n.º 38.068 del 18 de noviembre de 2004.

81 Por ejemplo, la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad, Decreto Ley n.º 1.507, *Gaceta Oficial* n.º 37.319 del 7 de noviembre de 2001.

82 Ley de sistema de transporte ferroviario nacional, Decreto Ley 1.445, *Gaceta Oficial* n.º 37.313 del 30 de octubre de 2001.

83 Ley General de Puertos, *Gaceta Oficial* n.º 37.589 del 11 de diciembre de 2002.

84 *Gaceta Oficial* n.º 36.970 del 12 de junio de 2000.

85 Ley n.º 78, *Gaceta Oficial* n.º 5.568, extra., del 31 de diciembre de 2001.

estos casos, el derecho de los particulares a prestar los servicios está establecido directamente en el ordenamiento jurídico, y lo único que en éste se establece son los mecanismos de control para asegurar que los servicios se presten en forma adecuada al interés general envuelto.

XII. LA FUNCIÓN PÚBLICA

En la Constitución de 1999 se han establecido los principios fundamentales relativos al régimen de los funcionarios públicos, a los efectos de guiar el establecimiento más de un estatuto de la función pública que de la carrera administrativa como lo establecía la Constitución de 1961 (art. 122); a cuyo efecto la Asamblea Nacional sancionó en 2002 la Ley del Estatuto de la Función Pública⁸⁶.

Conforme a la Constitución, en dicho estatuto se establecieron las normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública. La Constitución, además, exigió que en el Estatuto se previera la incorporación de los funcionarios a la seguridad social⁸⁷. La Constitución, de otra parte, remitió a la ley para determinar las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos (art. 144)⁸⁸.

En cuanto a los principios constitucionales, debe destacarse que el artículo 145 C., dispone en general que los funcionarios públicos deben estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna, precisando, incluso, que su nombramiento y remoción no pueden estar determinados por la afiliación u orientación política.

Ahora bien, en cuanto a los cargos en la Administración Pública, la Constitución estableció, con carácter general, que los cargos “son de carrera” (art. 146), exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley.

86 *Gaceta Oficial* n.º 37.522 del 6 de septiembre de 2002. Cfr. en general, JESÚS CABALLERO ORTIZ, “Bases constitucionales del derecho de la función pública”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5, Caracas, Edit. Sherwood, Caracas, 2001, pp. 21 a 46.

87 Cfr. nuestra propuesta en BREWER-CARÍAS, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, cit., p. 182. Cfr. en general id., *El Estatuto del funcionario público en la Ley de carrera administrativa*, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1971.

88 Cfr. en general, sobre el régimen constitucional de los funcionarios públicos, ANTONIO DE PEDRO FERNÁNDEZ, “Algunas consideraciones sobre la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. I, cit., pp. 307 a 342.

La consecuencia del principio de la carrera es que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera, en principio, debe realizarse mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia; los cuales lamentablemente no se han implementado, proliferando los cargos de libre nombramiento y remoción. En cuanto al ascenso, la Constitución también dispone que debe estar sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro debe ser de acuerdo con el desempeño de los funcionarios. La reducción fáctica de los cargos de carrera, en todo caso, hace inaplicables estas normas.

En cuanto a las remuneraciones, el artículo 147 establece un principio general de disciplina del gasto público, en el sentido de que para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Las escalas de salarios en la Administración Pública, dado su carácter estatutario, se deben establecer reglamentariamente conforme a la ley.

La Constitución, por otra parte, recogió el principio que estaba en el artículo 229 C. de 1961, conforme al cual el poder nacional, por ley orgánica, puede establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos tanto municipales y estatales como nacionales. La materia quedó así consolidada como una competencia del poder nacional que corresponde a la Asamblea Nacional (y escapa de la competencia de los consejos legislativos)⁸⁹, y en ejecución de dicha norma en 2002 se dictó la Ley Orgánica sobre emolumentos para altos funcionarios de los estados y municipios⁹⁰. Además, la Constitución previó que la ley nacional también debe establecer el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, siguiendo la orientación establecida en la Enmienda n.º 2 C. de 1961, sancionada en 1983. En esta forma, en cuanto al régimen de remuneraciones y pensiones, el poder nacional tiene competencias expresas para su regulación respecto de los tres niveles territoriales.

La Constitución estableció, además, algunos principios relativos a incompatibilidades respecto de los funcionarios públicos. Así, conforme al artículo 148, y siguiendo la orientación del artículo 123 C. de 1961, nadie puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley.

89 Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2399 del 20 de agosto de 2003, caso Interpretación de las normas contenidas en los artículos 4.º del Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y municipios, Comisión Legislativa Nacional de 2000 (consultada en original).

90 *Gaceta Oficial* n.º 37.412 del 26 de marzo de 2002.

Se eliminó de las excepciones la referencia a los cargos edilicios y electorales que establecía el texto de 1961 (art. 123).

En todo caso, la aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados siempre implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

En cuanto a las jubilaciones o pensiones se estableció en la Constitución que nadie puede disfrutar más de una, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

El artículo 145 C., por otra parte, estableció el principio de que quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República “y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales”, no puede celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezca la ley. Se destaca, de esta norma, la referencia a la clasificación de las personas jurídicas en el derecho público, en sus dos vertientes, que hemos propuesto desde hace años: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado, según la forma de creación; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, según su integración o no a la organización general del Estado⁹¹.

XIII. EL URBANISMO, EL MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

En la Constitución de 1999 también constituye una novedad, en cuanto a la regulación de los derechos constitucionales, el conjunto de normas contenidas en el capítulo relativo a los derechos ambientales⁹².

En el mismo, en el artículo 127, se establece que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y

91 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido general de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 57, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135.

92 Cfr., en general, FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ, “El ambiente en la nueva Constitución venezolana”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. III, cit., pp. 2917 a 2923; GERMÁN ACEDO PAYAREZ, “La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados ‘derechos ambientales’”, *ibid.*, pp. 2925 a 2978; LUCIANO PAREJO ALFONSO, “El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública”, *ibid.*, pp. 2979 a 2994; ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO, “El ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela”, *ibid.*, pp. 2995 a 3008; e *id.*, “La tutela ambiental como derecho-deber del Constituyente. Base constitucional y principios rectores del derecho ambiental”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 6, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 31 a 64.

del mundo futuro. Además, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. La consecuencia de estos derechos es que el Estado debe proteger el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. Se agrega, además, que es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Por último, la Constitución prohíbe además la patentabilidad del genoma de los seres vivos, remitiéndose a la ley que se refiere a los principios bioéticos la regulación de la materia.

El artículo 156 C. atribuye como competencia exclusiva del poder nacional “las políticas *nacionales* y la legislación en materia [de] ambiente, aguas [...] y ordenación del territorio” (ord. 23); y “la legislación sobre ordenación urbanística” (ord. 19). Además, la Constitución atribuye a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental” (art. 178.4).

En todo caso, la ley fundamental en esta materia hasta 2005 era la Ley Orgánica del Ambiente de 1976⁹³, donde se regularon las actividades susceptibles de contaminar el ambiente y el régimen de autorizaciones administrativas correspondiente. Dicha ley se derogó por la Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio⁹⁴, que se sancionó con el objeto de establecer las disposiciones que regirán el proceso general para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del desarrollo económico y social de la Nación; y en la cual se definió por ordenación del territorio a la política de Estado, dirigida a la promoción y regulación de la ocupación y uso del territorio nacional, a la localización y organización de la red de centros poblados de base urbana y rural, las actividades económicas y sociales de la población y la cobertura del equipamiento de infraestructuras de servicios, en armonía con el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y la prevención de riesgos naturales, en función de la protección y valoración del ambiente, a fin de lograr los objetivos del desarrollo

93 Cfr. Ley Orgánica del Ambiente en *Gaceta Oficial* n.º 31.004 del 16 de junio de 1976.

94 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 38.263 del 2 de septiembre de 2005.

sustentable, crear las condiciones favorables a la recepción del gasto público y la orientación de la inversión privada como parte integral de la planificación económica y social de la Nación (art. 2.^o).

En esta materia, además, el artículo 178.4 le atribuye en forma exclusiva a los municipios, en cuanto concierne a la vida local, competencias en materia de “protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental”. El artículo 184 C., además, confirma la competencia de estados y municipios en materia de “servicios ambientales”.

Debe indicarse, de otra parte, que el artículo 129 C. ha elevado a rango constitucional el requisito, que hasta ese momento tenía rango reglamentario, de que todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El mismo artículo 129 C. dispone además que el Estado debe impedir la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas, remitiendo a una ley especial la regulación del uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

Por otra parte, como ya se ha señalado, el propio artículo 129 C. establece que en los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida, aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas, y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

En cuanto a la política de ordenación del territorio, el artículo 128 C. impone al Estado la obligación de desarrollar una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana⁹⁵. Adicionalmente, el artículo 178 le atribuye expresamente a los municipios competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de “ordenación territorial”; y el artículo 184 confirma la competencia de estados y municipios en este asunto, por ejemplo, al referirse al “mantenimiento de áreas industriales”.

En cuanto al urbanismo, se trata de una materia de la competencia concurrente de las entidades político territoriales, de manera que el artículo 184 C.

95 *Gaceta Oficial* n.º 3.238, extra, del 11 de agosto de 1983. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983.

atribuye competencia tanto a los estados como a los municipios en cuanto al “mantenimiento y conservación de áreas urbanas”. Además, el poder nacional tiene competencia exclusiva para el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo y la legislación sobre ordenación urbanística (art. 156.19). Adicionalmente el poder municipal tiene competencia exclusiva, en cuanto concierne a la vida local, en materia de ordenación urbanística, parques, jardines, plazas, balnearios, otros sitios de recreación, arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (art. 178.1). Se trata, por tanto, de una materia de la competencia concurrente entre el poder nacional, el poder estatal y el poder municipal, que fue regulada detalladamente en la derogada Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987⁹⁶, en la cual, además del sistema de planes, se estableció el marco regulatorio del control urbanístico que ejercen las autoridades locales mediante el otorgamiento de las constancias de variables urbanas fundamentales, tanto para las urbanizaciones como para las edificaciones. Dicha ley ha sido sustituida por la antes mencionada Ley orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio de 2005, que refundió sus disposiciones con las de la antigua Ley Orgánica para la ordenación del territorio.

XIV. LOS BIENES PÚBLICOS

La Constitución de 1999, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, declaró como del dominio público una serie de bienes, régimen que, con anterioridad, sólo estaba regulado en el Código Civil y, más recientemente, en algunas leyes especiales.

En esta forma, la Constitución declara como bienes del dominio público a los yacimientos mineros y de hidrocarburos (art. 12), pero con anterioridad a esta constitucionalización, ya la Ley de Minas de 1999 lo había establecido (art. 2.º), así como la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 (art. 1.º). La Constitución, por otra parte, también declara que “las costas marinas son bienes del dominio público” (art. 12); lo cual se complementó en la Ley de Conservación y Saneamiento de Playas de 2000 (art. 2.º), sustituida por la Ley de Zonas Costeras⁹⁷. Por otra parte, en cuanto a las aguas, el artículo 304

96 *Gaceta Oficial* n.º 33.868 del 16 de diciembre de 1987. Cfr. además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS et ál., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1988.

97 Decreto Ley 1.468, *Gaceta Oficial* n.º 37.349 del 19 de diciembre de 2001. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “El nuevo régimen de las zonas costeras. Inconstitucionalidades, dominio público, limitaciones a la propiedad privada e insuficiencias normativas”, en *Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000 y sus decretos leyes* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 245 a 294.

C. establece que “todas las aguas son del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo”.

Además, otras normas constitucionales también regulan bienes del dominio público, aun cuando sin utilizar este calificativo jurídico: se trata, por ejemplo, de las “armas de guerra”, respecto de las cuales el artículo 324 declara que sólo el Estado puede poseerlas y usarlas, de manera que “todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso” (art. 324). Por otra parte, el artículo 303 C. dispone que “por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S. A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera”, lo que implica una declaratoria indirecta de dominio público de dichas acciones societarias, que son inalienables.

Ahora bien, la declaratoria de todos estos bienes como del dominio público en la propia Constitución, implica limitaciones a la potestad contractual de los entes públicos, particularmente por la inalienabilidad de los mismos, lo que implica la prohibición de cualquier contrato de interés público que pueda significar la enajenación de estos bienes.

Sin embargo, la propia Constitución prevé el régimen de concesiones para la explotación de los bienes que sean “recursos naturales propiedad de la Nación”, las cuales pueden ser otorgadas con exclusividad o sin ella, por tiempo determinado, y asegurando, siempre, la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (art. 113). En cuanto a las concesiones mineras, en particular, se dispone en el artículo 156.16 C. que “el Ejecutivo nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido”⁹⁸.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 542 C.C. se consideran como tierras baldías los bienes inmuebles que no tengan dueño, las cuales se habían configurado históricamente como parte del dominio privado de los estados de la Federación, aun cuando administrados por la República. Ahora, el artículo 164.5 C. de 1999 le atribuye a los estados la administración de las tierras baldías, aun cuando “el régimen” de las mismas debe ser establecido por ley nacional (art. 156.16).

Como bienes que tradicionalmente habían sido del dominio privado de los estados, las tierras baldías podían ser objeto de contratación, en el sentido de que, por ejemplo, podían ser enajenadas o arrendadas con la sola excepción

98 Cfr. BREWER-CARÍAS, “El régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos”, cit., pp. 9 a 16.

que establece la Constitución, y es en relación con las tierras baldías existentes en las dependencias federales y en las islas fluviales o lacustres, las cuales “no podrán enajenarse y su aprovechamiento sólo podrá concederse en forma que no implique, directa ni indirectamente, la transferencia de la propiedad de la tierra” (art. 13). Las “dependencias federales” a que alude esta norma son las islas marítimas no integradas en el territorio de un estado de la Federación, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental (arts. 7.º y 11).

Sin embargo, en cuanto a las tierras baldías, no sólo desde 1960, por disposición de la vieja Ley de Reforma Agraria⁹⁹, se estableció que los baldíos quedaban afectados a dicha reforma agraria por lo cual no podían enajenarse, gravarse ni arrendarse a menos que el Ejecutivo nacional lo autorizase por ser necesarias para otros fines de utilidad pública o social (art. 15); sino que desde el 13 de noviembre de 2001 al promulgarse la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario¹⁰⁰, en su artículo 99 se dispuso que a partir de esa fecha:

Las tierras propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles¹⁰¹.

Esta norma, sin duda, constituye una novedad en el ordenamiento jurídico venezolano, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley (2001) produjo un cambio radical en el régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado, es decir de las personas jurídicas estatales (de la República, los Estados, los Municipios y las entidades estatales descentralizadas funcionalmente), cualquiera que hubiese sido su naturaleza precedente, los cuales han sido objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público, habiendo adquirido a partir del 13 de noviembre de 2001, el carácter de bienes inalienables e imprescriptibles.

Por otra parte, entre los bienes inmuebles de los municipios, la Constitución define a los ejidos, presumiendo, además, que son tales “los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del municipio, carentes de dueño, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos” (art.

99 *Gaceta Oficial* n.º 611, extra. del 19 de marzo de 1960.

100 Cfr. Decreto Ley 1.546, *Gaceta Oficial* n.º 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

101 El texto del artículo ha permanecido igual (art. 95) en la reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario *Gaceta Oficial* n.º 5.771, extra., del 18 de mayo de 2005.

181). Los ejidos, a pesar de que conforme al artículo 181 C. “son inalienables e imprescriptibles”, la misma norma agrega que “sólo podrán enajenarse previo el cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen”, lo que ha sido regulado en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005¹⁰².

En relación con los baldíos y ejidos, en todo caso, también se aplica el régimen de concesiones antes indicado, conforme al mencionado artículo 113 C.

¹⁰² Arts. 149 y ss., *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005. Cfr. los comentarios a dicha ley en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, FORTUNATO GONZÁLEZ y JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005.

SEGUNDA PARTE
LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo también puede decirse que es el derecho de las personas jurídicas que conforman el Estado. Por esa importancia que tienen para el derecho administrativo fue que MAURICE HAURIUO definió el mismo derecho administrativo como la rama del derecho público que tiene por objeto, precisamente, la organización y el ejercicio de los derechos por las personas administrativas¹. En consecuencia, si es importante para el derecho administrativo el estudio de la Administración Pública, la cual está integrada por las unidades administrativas que constituyen los órganos de tales personas jurídicas estatales, lo es aun más el estudio de estas, que son las que actualizan la voluntad del Estado cuando esos órganos ejercen el poder público².

Por ello también, la personalidad jurídica es la clave para el estudio de la organización administrativa, porque en definitiva esta está conformada por los órganos que actualizan la voluntad de las personas jurídicas estatales; y asimismo, para el estudio de la actividad administrativa y de las relaciones jurídico administrativas, las cuales en definitiva son las que se establecen entre las personas jurídicas que conforman el Estado y los otros sujetos de derecho³.

Nótese que hasta ahora hemos hablado de personas jurídicas estatales y no del Estado, pues éste en el ámbito constitucional interno, que es donde rige el derecho administrativo, puede decirse que no tiene personalidad jurídica. En realidad, como ya se ha dicho, de acuerdo con nuestra organización constitucional y administrativa, en las relaciones jurídicas del ámbito interno el Estado está conformado no por una sino por un conjunto de personas jurídicas⁴; siendo

1 Cfr. MAURICE HAURIUO, *Précis de droit administratif*, Paris, 1893, p. 171. Cfr. además, ANTONIO MOLES CAUBET, "La personalidad jurídica del Estado", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 8, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1956, pp. 21 a 56.

2 Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace años: primero, en el *Informe sobre la reforma de la Administración Pública nacional*, t. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 306 y ss., 611 y ss.; segundo, en ALLAN R. BREWER-CARIAS, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29, también en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, n.º 57, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135, y en *id.*, *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 223 a 248; *id.*, *Régimen jurídico de las empresas públicas*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 35 y ss.; *id.*, *Estado de derecho y control judicial*, cit., 1987, pp. 555 y ss.; e *id.*, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1991, pp. 117 y ss.

3 Cfr. JOSÉ PEÑA SOLÍS "El régimen de las personas jurídicas públicas (entes públicos) en Venezuela", en *Estudios de derecho administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, vol. II, cit., pp. 313 a 367.

4 Cfr. Sala Constitucional, sentencia 1002 del 26 de mayo de 2004, caso Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 148.

el ámbito de las relaciones internacionales el único en el cual el Estado es una persona jurídica única.

Por supuesto, bajo este ángulo, la “Administración Pública” tampoco es una persona jurídica, ni puede decirse que hay muchas administraciones públicas como personas jurídicas. La Administración Pública, en realidad, es una organización que por supuesto está conformada por un conjunto de órganos, los cuales además lo son de las personas jurídicas estatales, y que como tales órganos sirven para manifestar o actualizar la voluntad de éstas y, mediante ellas, la del Estado. La Administración Pública, por tanto, está conformada por los órganos de las personas jurídicas estatales (entes), los cuales, como lo precisa la misma Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001⁵, son las unidades administrativas de dichas personas jurídicas estatales (art. 15).

En cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración Pública, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo, porque en definitiva son los que establecen las relaciones jurídico administrativas con los otros sujetos de derecho. La Administración Pública, por tanto, se insiste, tampoco es una persona jurídica en sí misma, sino que los órganos que la conforman lo son de diversas personas jurídicas estatales. Por ello es que, precisamente, el tema de la personalidad jurídica tiene tanta importancia en el estudio y comprensión del derecho administrativo, pues condiciona todo su objeto.

En todo caso, como en tantos otros aspectos del derecho administrativo, la construcción de la teoría de la personalidad jurídica no puede hacerse con independencia de los principios y regulaciones de la teoría general del derecho y en especial del derecho civil, pues la idea de persona jurídica moral como sujeto de derecho es y tiene que ser una y única.

5 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 37.035 del 17 de octubre de 2001. Cfr. los comentarios a la ley en BREWER-CARIAS et ál., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, cit.

§ 5. Las clasificaciones de las personas jurídicas

I. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL CÓDIGO CIVIL

I. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL

De acuerdo al Código Civil, en el mundo del derecho, además de las personas naturales son reconocidos como sujetos de derecho, es decir, como entes capaces de derechos y obligaciones, una serie de “centros de intereses” a los cuales, para protegerlos jurídicamente, el ordenamiento jurídico les otorga el carácter de personas jurídicas o morales, como entidades abstractas; en definitiva, como “personas ficticias”, tal y como las calificaron los Códigos Civiles de 1862 y 1873.

En una forma, el artículo 19 C.C. vigente dispone:

Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:

- 1.º La Nación y las Entidades políticas que la componen;
- 2.º Las Iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público.
- 3.º Asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

Conforme a esta enumeración del Código Civil, en consecuencia, las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico venezolano, como resulta de la teoría general del derecho civil, son de dos tipos según el sustrato que les da razón de ser, sea un sustrato personal o un sustrato real: o se trata de *corporaciones*, cuando el sustrato que las justifica y les da razón de ser lo constituye un conjunto de personas (sustrato personal), como una comunidad o una asociación de personas; o se trata de *instituciones* en el sentido de que lo que se busca proteger con la atribución de la personalidad jurídica es un conjunto de bienes (sustrato real), es decir, un patrimonio que se ha afectado a un fin. Esta distinción clásica y básica también se aplica a las personas en el ámbito del derecho administrativo, y es la que resulta del propio artículo 19 C.C.

En efecto, de esa norma resulta que en cada una de las dos grandes categorías de personas que regula el Código (personas o cuerpos morales de carácter público o de carácter privado) se identifican tanto un conjunto de corporaciones (comunidades o asociaciones) como un conjunto de instituciones.

1. *Entre las personas o cuerpos morales de carácter público*, en efecto, por una parte existen las corporaciones de derecho público, es decir, aquellas que tienen

un sustrato personal que las sustenta, como son, por ejemplo, las comunidades políticas, las corporaciones públicas y las asociaciones de derecho público; y por la otra, las instituciones de derecho público, con un sustrato real (patrimonio) que es el que le da razón de ser.

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

- *Base corporativa (sustrato personal)*
 - Corporaciones de derecho público
 - Comunidades públicas
 - Comunidades políticas: personas político territoriales
 - Comunidades indígenas
 - Comunidades religiosas: Iglesias
 - Comunidades universitarias: universidades nacionales
 - Corporaciones públicas
 - Colegios profesionales
 - Academias nacionales
 - Asociaciones de derecho público
 - Mancomunidades
 - Asociaciones intergubernamentales
- *Base patrimonial (sustrato real)*
 - Instituciones de derecho público
 - Institutos autónomos
 - Banco Central de Venezuela

Entre las que constituyen *corporaciones*, es decir, que tienen como justificación de su personalidad la existencia de un sustrato personal o una base corporativa, se distinguen una serie de comunidades, las más importantes de las cuales son las que derivan de la organización política de la sociedad; y además, tanto una serie de corporaciones de derecho público propiamente dichas como una serie de asociaciones de derecho público.

En cuanto a las comunidades, en efecto, en primer lugar están las comunidades políticas, es decir, las *personas político territoriales* que conforman la división y organización política del país, y cuya razón de existir la constituye la población asentada en el respectivo territorio, como comunidad política. Sobre ellas, el Código Civil enuncia a “la Nación y las entidades políticas que la componen”, y que de acuerdo con la terminología de la Constitución de 1999 serían las personas jurídicas que derivan de la forma federal del Estado (art. 4.º)

conforme a la distribución vertical del poder público “entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional”. Ello es lo que da origen a los tres niveles de personas jurídicas corporativas, como comunidades políticas, que integran al Estado: *la República*, que ejerce el poder nacional; *los estados*, que ejercen el poder estatal, y *los municipios* y demás entidades locales (entre ellas, los distritos municipales y metropolitanos), que ejercen el poder municipal.

En esta forma, el “Estado”, como se dijo, en el derecho interno está conformado tanto por la República como por los estados y los municipios, así como por las demás entidades locales; siendo por tanto la República sólo una de las personificaciones del Estado en el ámbito nacional, y los estados federados y los municipios también personificaciones del Estado en sus respectivos ámbitos territoriales.

En segundo lugar, y sin que formen parte de la organización territorial del Estado, entre las comunidades políticas y conforme a la concepción constitucional sobre los pueblos indígenas, también se pueden identificar las comunidades indígenas reconocidas en el artículo 119 C.

En tercer lugar, también entre las comunidades que se califican como personas o cuerpos morales de carácter público el artículo 19 C.C. enumera a “las Iglesias de cualquier credo que sean y las universidades”. Se trata, en este caso, a partir de 1873, del reconocimiento de personalidad jurídica a un conjunto de comunidades que existían para ese momento, en particular del reconocimiento de la personalidad jurídica de las universidades, que en 1873 se circunscribían a la Universidad Central de Venezuela, que era la única existente.

En cuanto a las “Iglesias de cualquier credo”, si bien son comunidades religiosas, su enumeración entre los “cuerpos morales de carácter público” sólo tiene una explicación histórica derivada del principio del Patronato Eclesiástico aplicado, precisamente, en medio de los graves conflictos entre el Estado y la Iglesia que existían para cuando se sancionó el Código Civil de 1873, y en cuya redacción influyeron determinadamente en esa y otras normas¹.

Por otra parte, al agregar la norma del Código Civil la frase: “y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”, ello permite identificar dentro de las corporaciones de derecho público otras corporaciones públicas que si bien no existían al momento de sancionarse dicho código, se fueron desarrollando con posterioridad, como es el caso de las corporaciones profesionales (colegios profesionales), generalmente abiertas, y las corporaciones académicas (academias nacionales) generalmente cerradas, todas reguladas por ley.

1 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. I, cit., p. 338

Los cuatro grupos anteriores de personas jurídicas de derecho público (comunidades públicas y corporaciones públicas) tienen, como se dijo, una base corporativa, es decir, la existencia de una comunidad o de una agrupación de personas cuyo origen está en la regulación concreta establecida en la Constitución o la ley, y que por ello no tiene su origen en un contrato de sociedad.

En otros casos, en cambio, las personas jurídicas o cuerpos morales de carácter público, siguiendo la terminología del Código Civil (“y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”), aun con base corporativa o sustrato personal, pueden tener su origen en un acuerdo de voluntades, es decir, en un contrato de sociedad, configurándose entonces la entidad como una asociación de derecho público. En este caso, se trata de personas jurídicas creadas mediante la asociación de personas de derecho público, como serían las mancomunidades municipales que se regulan en el artículo 170 C. y las demás asociaciones de carácter intergubernamental establecidas entre las personas jurídicas político territoriales.

Por otra parte, además de las corporaciones (comunidades o asociaciones de derecho público), entre las personas jurídicas o cuerpos morales de carácter público, conforme a la misma terminología del artículo 19.2 C.C. (al agregar: “y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público”) la cual es igualmente empleada en la Constitución de 1999 (art. 145); también se pueden identificar como personas jurídicas de derecho público las de carácter institucional o fundacional (sustrato real), como serían los “institutos autónomos”, según la terminología acogida también en la Constitución (art. 142, entre otros), y que el propio Código Civil incluye en la expresión de “establecimiento público”².

2. Entre las *personas jurídicas o cuerpos morales de carácter privado*, a las que se refiere el artículo 19.3 C.C. (que son las personas jurídicas de derecho privado conforme a la terminología también seguida en la Constitución, art. 145, entre otros), están las “asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado”, entre las cuales también se pueden identificar tanto las de carácter corporativo (sustrato personal) como institucional (sustrato real).

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

– *Base corporativa (sustrato personal)*

– Corporaciones de derecho privado: comunidades privadas

2 Artículos 538, 900, 1000 y 1482. La misma expresión fue utilizada en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional desde la reforma de 1928.

- Comunidades universitarias: universidades
- Comunidades políticas: partidos políticos
- Comunidades laborales: sindicatos
- Asociaciones de derecho privado
 - Sociedades civiles
 - Sociedades mercantiles
 - Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA)
- *Base patrimonial (sustrato real)*
 - Fundaciones

Entre las primeras se puede también distinguir entre las personas de derecho privado de carácter corporativo y las de orden asociativo. Entre las primeras están las que tienen como sustrato personal determinadas comunidades, como serían, por ejemplo, las comunidades universitarias (universidades privadas), las comunidades políticas (partidos políticos o asociaciones con fines políticos) o las comunidades laborales (sindicatos).

Entre las segundas están las asociaciones, entre las cuales se destacan las sociedades civiles, sociedades mercantiles y las asociaciones cooperativas, cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de las actas constitutivas en oficinas de registro.

En cuanto a las personas de derecho privado o cuerpos morales de carácter privado de tipo institucional (sustrato real), están las “fundaciones lícitas”, cuya personalidad también se adquiere con la protocolización de la correspondiente acta constitutiva en la respectiva oficina de registro.

Ahora bien, no todas las personas jurídicas enumeradas en el artículo 19 C.C. interesan al derecho administrativo ni son objeto de regulación formal por parte de esta disciplina. Entre ellas son objeto de estudio por el derecho administrativo, básicamente las de carácter estatal, es decir que forman parte de la organización general del Estado, sean de derecho público o de derecho privado; o sea, aquéllas que conforman lo que desde el punto de vista económico constituye el “sector público” (art. 289.3 C.). Esas son las que pueden considerarse como personas jurídicas *estatales* conforme a la terminología que adopta la Constitución (arts. 145 y 180, entre otros).

Pero también son objeto de estudio por nuestra disciplina aquellas personas jurídicas con forma de derecho público o de derecho privado que aun siendo *no estatales*, por el conjunto de potestades que les están atribuidas por ley o por las actividades que realizan vinculadas al interés público, están sometidas a un régimen de derecho administrativo. Es el caso, por ejemplo, de las comunidades

indígenas, de los colegios profesionales y de las academias nacionales, que aun siendo “personas de derecho público” no son, en absoluto, de carácter estatal, pues no forman parte de la organización general del Estado. A pesar de ello, sin embargo, por las tareas que tienen encomendadas por ley, interesan al derecho administrativo.

Por otra parte, también son personas *estatales* todas aquellas personas jurídicas de derecho privado creadas y dirigidas por entes públicos, como sucede con las sociedades mercantiles de capital público (empresas del Estado), las sociedades civiles del Estado o las fundaciones del Estado. El carácter estatal de todas esas personas jurídicas, por tanto, es independiente de su forma jurídica de derecho público o de derecho privado. Por pertenecer a la organización administrativa del Estado (sector público), son objeto de regulación por parte del derecho administrativo.

Pero además, como se dijo, también interesan al derecho administrativo y están sometidas a sus regulaciones todas aquellas personas jurídicas que aun cuando no sean estatales porque no forman parte de la organización general del Estado, y conforme a la terminología del artículo 19 C.C. son “cuerpos morales de carácter privado”, por su carácter de comunidades y por las actividades que realizan vinculadas al interés público o político también interesan al derecho administrativo y son objeto de sus regulaciones, como serían los partidos políticos, los sindicatos o las universidades privadas.

De lo anterior resulta, por tanto, la necesidad del empleo de dos clasificaciones distintas respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo: por una parte, la que distingue entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, según la forma jurídica adoptada; y por la otra, la que distingue entre las personas estatales de las no estatales, como en su momento lo hizo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO³, según la integración del ente a la estructura y organización general del Estado. Estas dos clasificaciones son, precisamente, las que ha adoptado la Constitución de 1999, las cuales, por supuesto, contrastan con la clasificación tradicional (entre personas públicas y personas privadas) que se había utilizado respecto de las personas jurídicas en el derecho administrativo, y que sólo muy excepcionalmente se ha utilizado en textos legislativos⁴.

3 Cfr. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, pp. 165, 173 y ss.

4 Fue el caso del artículo 1.3 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, en el cual se hizo referencia a las “personas públicas y privadas”, *Gaceta Oficial* n.º 27921 del 22 de diciembre de 1965.

2. LAS CLASIFICACIONES SEGÚN LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN

Como ya se ha dicho, el artículo 145 C. establece la doble distinción respecto de las personas jurídicas, por una parte, entre las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales; clasificación que propusimos hace décadas⁵; distinciones se recogen, además, en otras normas constitucionales, como los artículos 142, 159, 168, 180, 189.1, 190, 289, 318 y 322.

La *primera* clasificación distingue entre las personas jurídicas estatales, que forman parte de la organización general del Estado en sus tres niveles territoriales o, si se quiere, del sector público; y las personas jurídicas no estatales, que no forman parte del Estado o del sector público; y la *segunda* clasificación distingue, según la forma jurídica que adoptan las personas jurídicas, entre personas jurídicas de derecho público, como los institutos autónomos, y personas jurídicas de derecho privado, como las sociedades anónimas del Estado (*empresas del Estado*, o *empresas públicas*, conforme las denominan los arts. 189.1 y 184.4 C., respectivamente).

II. EL PROBLEMA DE LA CLÁSICA Y SUPERADA DISTINCIÓN ENTRE LAS “PERSONAS PÚBLICAS” Y LAS “PERSONAS PRIVADAS”

Ahora bien, en virtud de que la Constitución se refiere a las personas jurídicas estatales y a las personas jurídicas de derecho público, como objeto de regulación por el derecho administrativo, ello nos conduce a que tengamos que plantear la interrogante de si dichas personas estatales o las personas de derecho público coinciden o no con lo que de acuerdo a la terminología usada con frecuencia se ha denominado “personas públicas”, por oposición a las “personas privadas”.

Esta distinción entre personas públicas o personas privadas, que pudo haber tenido alguna aplicación hasta comienzos del siglo pasado, cuando no existía la diversidad de entes administrativos que conforman la Administración Pública contemporánea, en la actualidad es insostenible. Por ello, la Constitución de

5 Cfr. lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 57, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 223 a 248.

1999, debido al universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, ha desechado esa clásica distinción entre personas públicas y personas privadas por resultar insuficiente para clasificarlas. Han sido el proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista, y la privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, los que, entre otros factores, han provocado la obsolescencia y, a veces, la imposibilidad de aquella distinción otrora simple⁶. La misma, por otra parte, se basaba en diversos criterios o índices que en realidad apuntaban a otros fines. Esos criterios, por ejemplo, fueron resumidos por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en una confusa sentencia del 26 de agosto de 1989 en la cual, supuestamente refiriéndose a la distinción entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, en realidad lo hizo utilizando los viejos criterios relativos a la clásica distinción entre personas públicas y personas privadas, en la siguiente forma:

El primer problema a dilucidar lo constituye, por tanto, determinar si los partidos políticos pueden dictar actos administrativos, y, en consecuencia, ser recurridos ante la jurisdicción contencioso administrativa. Tal determinación requiere un examen previo acerca de la naturaleza jurídica de los Partidos Políticos. Para ello es necesario precisar si los Partidos Políticos se inscriben en la categoría de las personas jurídicas de derecho público, o si, por el contrario, son personas jurídicas de derecho privado.

La configuración de un esquema que permita establecer tal distinción constituye uno de los problemas más debatidos en la literatura jurídica. Al efecto, se han manejado diversos criterios como el de *los fines públicos o privados* que realizan. La insuficiencia de este criterio ha sido, empero, puesta de relieve por la doctrina. FERRARA ha resalado cómo un mismo fin puede hacer surgir, según las circunstancias, un organismo paraestatal de naturaleza pública, o una persona jurídica privada.

Un segundo criterio manejado por la doctrina ha sido el de la existencia de prerrogativas. Según esta tesis, la persona jurídica de derecho público se caracteriza por *participar de la potestad de imperium*, típica del Estado. Esta teoría que tiene su origen en JELLINEK ha sido seguida en Italia por varios civilistas como COVIELLO y FERRARA. Conforme a ella, las personas jurídicas públicas deben participar de aquellas características que son exclusivas y esenciales del Estado, y que, como tales, las colocan en una posición

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo", en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, 1996, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 1996, pp. 23 a 73.

de preeminencia sobre los sujetos privados. Empero, también ha sido cuestionada por algunos autores como criterio único.

En tercer lugar se encuentra el criterio de la *integración de la persona jurídica dentro de la organización del Estado*. En este sentido se ha dicho que la persona pública, a diferencia de la privada, es parte de la administración pública, criterio que también ha sido cuestionado ya que existen personas jurídicas de derecho público a las cuales el legislador expresamente califica de tales sin que formen parte de la estructura general del Estado, como los colegios profesionales.

Un cuarto criterio lo constituye el de la *creación del ente por un acto de poder público*. Es el criterio del origen de la entidad al cual se refiere RENATO ALESSI al reconocer el carácter público solamente a las entidades que tienen su origen directamente en un acto del poder estatal. En este sentido puede decirse que en nuestro país, sin temor a equívocos, son personas jurídicas de derecho público los institutos autónomos, el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela, ya que son creados directamente por el legislador.

Y por último, la doctrina ha hecho referencia al *criterio de la forma*, y según la cual, en esta teoría serían personas jurídicas públicas las que adopten una forma propia en esta rama del derecho (derecho público); y las privadas, las que adopten una forma que corresponde al derecho privado, como por ejemplo las asociaciones civiles, las sociedades civiles y las sociedades mercantiles, las cuales conservan su naturaleza jurídica privada aun cuando formen parte de la administración pública.

Como se observa, más que un criterio único, la doctrina ha hecho hincapié acerca de los signos o índices reveladores de la personalidad jurídica de derecho público, que pueden ser concurrentes.

A juicio de esta Corte, entre los índices mencionados existen tres que son fundamentales para determinar la naturaleza jurídica-pública de un determinado organismo a saber: su ubicación dentro de la administración pública, el disfrute de prerrogativas inherentes al Estado o su creación por un acto del poder público⁷.

Esa distinción identificaba a la “persona pública” con las organizaciones integradas al Estado (inicialmente las personas territoriales y posteriormente los establecimientos públicos) que adoptaban solamente las formas jurídicas originarias del derecho público (instituto autónomo, p. ej.) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho público; y en el mismo sentido, identificaba a las “personas privadas” con las organizaciones establecidas por los particulares o entidades privadas (sociedades y fundaciones), que adoptaban solamente las

7 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 149 a 151.

formas jurídicas originarias del derecho privado (compañía anónima, p. ej.) y que, como consecuencia, estaban regidas por el derecho privado.

La realidad jurídica actual, por el contrario, muestra que esa distinción tradicional se ha roto totalmente, al menos con relación a los elementos que le daban sentido⁸.

I. LA INTERAPLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO A LOS DIVERSOS SUJETOS DE DERECHO

Para comenzar por el último de los elementos en los cuales se basaba dicha distinción, no puede decirse en la actualidad que el derecho público o el derecho privado sean el orden exclusivo de determinados sujetos de derecho: derecho público para sujetos estatales o para las personas de derecho público, y derecho privado para los particulares o para las personas de derecho privado.

En efecto, las personas jurídicas creadas por los particulares, si bien están sometidas a una regulación que les es propia (derecho privado), ella ni es exclusiva ni es excluyente. No es exclusiva, pues el derecho privado se aplica sin discusión, en la actualidad, a todos los sujetos de derecho calificados usualmente como públicos, y en este sentido a entidades tradicionalmente consideradas como públicas como las personas político territoriales, en campos como el de la responsabilidad administrativa, por ejemplo. Cuando el Estado era irresponsable, por supuesto, como sucedió en el absolutismo, para superar las injusticias que ello provocaba hubo que acudir a la ficción del “Fisco” que, como persona jurídica estatal, sí estaba sometida al derecho privado. Así surgió la teoría del Estado-Nación y Estado-Persona-Fisco, superada desde el siglo XIX. El sometimiento del Estado al derecho —Estado de derecho—, en efecto, dio origen a la reafirmación de la personalidad de los entes político territoriales, sometidos tanto a normas de derecho público como de derecho privado.

Por otra parte, no es excluyente, pues además de las normas de derecho privado que se aplican como normativa propia a los particulares y a sus organizaciones, también se aplican a éstos —que cada vez más se mueven bajo la sombra del Estado— las normas de derecho público, otrora reservadas a los entes del Estado.

Además, y bajo el otro ángulo, el derecho público tampoco es en la actualidad el cuerpo normativo exclusivo de los entes públicos. La superación de las

8 Cfr. lo expuesto en BREWER-CARIAS, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, cit., notas 2 y 10.

consecuencias de la consideración del Estado de derecho como Estado liberal abstencionista, mediante el desarrollo progresivo del Estado democrático y social de derecho, de mecanismos de intervención del Estado en la actividad de los particulares y de participación estatal en actividades netamente económicas, inclusive sin carácter subsidiario frente a aquellos, ha provocado la aplicación sucesiva del derecho público a entidades de particulares, tal como ha sucedido en el campo financiero. ¿Quién duda, por ejemplo, que muchas veces un banco privado no está sometido a mayores controles y normas propias del derecho público, que muchos entes autónomos del mismo Estado? El derecho público, por tanto, aun cuando es la normativa propia de las organizaciones del Estado, ni es exclusiva de ellas ni, como se dijo, excluye la aplicación a las mismas de normas de derecho privado.

En la actualidad, por tanto, hay una interaplicación evidente de normas de derecho público y normas de derecho privado a todos los sujetos de derecho⁹. Lo único válido, en este campo, es la constatación de que, generalmente, por la integración de los entes a la organización del Estado o por los fines de interés social que desarrollan los sujetos estatales o los particulares; o al contrario, por el carácter exclusivamente particular y privado de los sujetos, habrá una preponderancia en el régimen jurídico de los mismos, de normas de derecho público o de normas de derecho privado. Sólo el análisis del derecho positivo en cada caso concreto permitirá establecer el ámbito y significado de dicha preponderancia; pero ello no arrojará ninguna luz sobre la naturaleza estatal o no estatal del sujeto o sobre la forma jurídica que se haya adoptado para que actúe en la vida jurídica.

Como consecuencia, los criterios que tratan de establecer una distinción entre personas públicas y personas privadas basadas en “el régimen jurídico en el cual se mueven”¹⁰ o en el “régimen jurídico al cual están sometidas dichas entidades”¹¹, ante la interacción permanente de las normas de derecho público y de derecho privado a los sujetos de derecho, en realidad no pueden tener valor como tales, pues a lo sumo lo que podrá resultar será una preponderancia de régimen jurídico de derecho público o de derecho privado. Esta preponderancia, en todo caso, resultará de la integración o no del ente a la estructura organizativa del Estado y de la forma jurídica adoptada para su personificación, y en todo

9 Cfr. *id.*, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”, *cit.*, pp. 23 a 73.

10 Cfr. SAYAGÜES LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *cit.*, p. 175.

11 Cfr. E. LARES MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 350.

caso será una consecuencia proveniente del derecho positivo, y no la causa de una pretendida distinción.

2. LA VARIEDAD DE LAS FORMAS JURÍDICAS ADOPTADAS PARA LOS SUJETOS DE DERECHO

Tal como se dijo, la distinción entre “personas públicas” y “personas privadas”, entre otros factores, reposaba sobre la distinción de las formas jurídicas adoptadas: los entes públicos adoptan las formas jurídicas admitidas por el derecho público, y los particulares, para actuar, utilizaban sólo las formas jurídicas reguladas y admitidas por el derecho privado. Así, había una perfecta identificación entre la naturaleza del ente –pública o privada– y la forma jurídica adoptada –de derecho público o de derecho privado– y el derecho aplicable –derecho público o derecho privado–.

Ahora bien, cuando el Estado actuaba sólo bajo sus formas jurídicas político territoriales (República, estados, municipios) no era difícil identificar las formas jurídico públicas con la naturaleza pública del ente; bajo esta misma orientación, cuando a comienzos del siglo pasado el Estado comenzó a utilizar mecanismos de descentralización funcional para realizar actividades en forma indirecta (descentralización funcional), creó la figura jurídico pública del “establecimiento público” conforme a la terminología recogida en nuestro derecho positivo (art. 538 C.C.), entre los cuales destacan los institutos autónomos (art. 142 C.). Hasta aquí, la identificación de “persona pública” con la forma jurídico personificada de derecho público era completa: las “personas públicas” tenían la forma jurídica que el derecho positivo admitía, establecidas en la Constitución o creadas por ley o decreto, como propias de las entidades estatales; en cambio, las “personas privadas” o particulares estaban revestidas de la forma jurídica que destinaba la legislación civil o mercantil para ellas: sociedades, asociaciones, fundaciones, constituidas conforme a lo previsto en el Código Civil.

Sin embargo esta identificación, otrora absoluta, fue quebrantada en todos los países contemporáneos con motivo de los efectos de las crisis de la pre y posguerra del siglo pasado. El derecho, sin duda, producto de la lucha de intereses, también ha sido y es producto de las crisis. Pues bien, aquellas crisis y sus componentes: intervención del Estado en la economía, nacionalizaciones, asunción o creación *ex novo* de empresas, provocaron que el Estado se saliera de sus moldes clásicos y acudiera a utilizar otras formas previstas en el derecho positivo que los usos político conómicos habían reservado a los particulares: la forma societaria civil y mercantil, y la forma fundacional regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio. Así, aparecieron innumerables organizaciones

del Estado –personas estatales– con formas jurídicas de derecho privado: sociedades mercantiles de capital totalmente público o mixto, asociaciones civiles en las cuales un ente público era socio, y fundaciones en las cuales el Estado era el único fundador o uno de los fundadores.

Como consecuencia de ello, no pudo sostenerse más el criterio de que las formas jurídicas de las personas se correspondía con la naturaleza de las mismas: públicas o privadas. La forma jurídica personificada consagrada en el derecho positivo adquirió así su real sentido, el de una pura y simple forma, abstracta, neutra, tanto en relación con el contenido estatal o no de la organización, como con el carácter público o no de la actividad que pudiese realizar, o con el régimen jurídico, de derecho público o de derecho privado, que pudiera serle aplicable.

Por otra parte, no sólo fue el Estado el que recurrió a formas anteriormente reservadas a los particulares, sino que el propio derecho positivo, desde antes, venía reconociendo a ciertas corporaciones privadas carácter de personas jurídicas de derecho público, aun sin revestir las formas tradicionales establecidas en el derecho positivo. Así, por ejemplo, a los colegios profesionales se los reconoció como personas jurídicas de derecho público –corporaciones o comunidades profesionales– (establecimientos públicos corporativos), a pesar de estar constituidas por particulares o profesionales los cuales, por ello, teóricamente debían acudir a las formas tradicionales que el derecho les reservaba (asociaciones civiles). Estas corporaciones, aun cuando se trata de comunidades de profesionales, no ha habido duda en considerarlas siempre y tradicionalmente como personas de derecho público, aunque no integradas en la estructura general del Estado.

De lo expuesto, resultó con evidencia que no era posible identificar la persona pública o privada como antes se hacía, con base en la forma jurídica adoptada para operarla. Esta, la forma, no puede prejuzgar sobre la naturaleza –pública o privada o estatal o no estatal– del ente. El Estado, para realizar sus actividades, ha acudido y acude a formas originarias del derecho público (establecimientos públicos) o a formas originarias del derecho privado (sociedades mercantiles); y los particulares, por su parte, si bien han acudido y acuden normalmente a formas originarias del derecho privado, pueden acudir a formas originarias del derecho público (establecimientos públicos corporativos) o participar en ellas.

En todo caso, y ello es incontestable, la forma jurídica regulada por el derecho positivo es un dato de extraordinaria importancia –como tal forma y exclusivamente como ella– para la comprensión de todo el fenómeno de la personalidad jurídica. De acuerdo a ello, como lo indica la Constitución de 1999 y se ha analizado anteriormente, las personas morales se clasifican en personas de derecho público (formas originarias del derecho público) o personas de derecho privado (formas del derecho privado). Pero ello, como forma, y salvo por

lo que se refiere a las comunidades políticas de rango constitucional (personas político territoriales) no significa absolutamente nada sobre quién ni sobre cómo las constituyen, ni sobre la naturaleza de la actividad que realizan –pública o privada–, ni sobre su integración o no a la estructura organizativa del Estado, ni sobre el régimen jurídico –público o privado– que preponderantemente les es aplicable.

En este sentido, por ejemplo, como se ha señalado, son personas jurídicas de derecho público en el derecho positivo venezolano las siguientes: las personas político territoriales (República, estados federados, municipios) y las personas de derecho público no territoriales, como las comunidades públicas (indígenas y religiosas), las corporaciones públicas (colegios profesionales, universidades nacionales), las asociaciones de derecho público (mancomunidades) y los entes institucionales o fundacionales públicos (institutos autónomos). Son personas jurídicas de derecho privado, al contrario, las corporaciones privadas, como las comunidades de interés general (universitarias, sindicales, partidos políticos) y las asociaciones civiles y mercantiles (aun las creadas por el Estado y donde éste sea único accionista), y las fundaciones (aun las creadas por el Estado, y donde éste sea el único fundador).

Frente a esta clasificación y a pesar de que la forma jurídica de la persona no prejuzga sobre el régimen jurídico que le es aplicable, existe, sin embargo, una presunción en relación a la preponderancia de este régimen: las personas jurídicas constituidas con formas jurídicas originarias del derecho público tienen una presunción de preponderancia del derecho público en su régimen jurídico; al contrario, las personas jurídicas constituidas con formas jurídicas originarias del derecho privado tienen una presunción de preponderancia del derecho privado en su régimen jurídico. En tal sentido es que, por ejemplo, debe interpretarse la clasificación establecida en el artículo 29 LOAP, cuando distingue entre los entes descentralizados funcionalmente (personas jurídicas) con forma de derecho público, como las “creadas y regidas por normas de derecho público”, y los entes descentralizados funcionalmente (personas jurídicas) con forma de derecho privado, como las “constituidas y regidas de acuerdo a normas del derecho privado”.

3. LA INTEGRACIÓN DE LOS DIVERSOS SUJETOS DE DERECHO A LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

Otra de las premisas de la formulación clásica de la distinción entre personas públicas y personas privadas era la integración o no de las mismas a la organización general del Estado, es decir, si formaban parte de lo que en general

se denomina Administración Pública del Estado. Las “personas públicas”, en esta forma, creadas con formas jurídicas de derecho público y con régimen de derecho público eran las que estaban integradas a la estructura del Estado y, por tanto, eran personas estatales; las personas privadas, en cambio, creadas por particulares, con formas jurídicas de derecho privado y sometidas a un régimen de derecho privado, eran las que no estaban integradas a dicha estructura organizativa del Estado y, por tanto, eran personas no estatales.

Sin embargo, este elemento de la distinción, al igual que el anteriormente analizado, fue también cuestionado por efecto de la propia realidad jurídico administrativa, que demostró que no podía establecerse identificación alguna entre persona pública y persona estatal, o entre persona privada y persona no estatal.

En efecto, la intervención del Estado en el proceso económico llevó a éste a crear entes jurídicos con forma de derecho privado (sociedades anónimas) con un régimen de derecho positivo casi íntegramente de derecho privado. Estos entes, a pesar de ello, sin embargo, eran y son personas jurídicas estatales en el sentido de que están integrados dentro de la estructura general de la Administración descentralizada funcionalmente del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de las empresas creadas por el Estado o institutos autónomos, los que a pesar de su forma societaria y de su régimen jurídico se consideran económicamente como parte del sector público, y jurídicamente como parte de la Administración Pública descentralizada.

Por el contrario, algunas personas jurídicas de derecho público, con un régimen preponderante de derecho público, como por ejemplo las corporaciones profesionales (colegios profesionales), sin embargo, no pueden considerarse como personas estatales —a pesar de su forma o carácter de derecho público— ya que no están integradas a la estructura general del Estado ni se las puede considerar parte de la Administración Pública descentralizada del mismo.

La integración de determinados sujetos de derecho a la estructura general del Estado, por tanto, si bien es otro dato de enorme importancia para la comprensión de todo el universo de las personas jurídicas, responde a criterios también de carácter formal (orgánico) y no puede prejuzgar sobre la naturaleza o no (pública o privada) del ente. No puede decirse, en efecto, que toda persona jurídica integrada a la organización administrativa descentralizada del Estado es una “persona pública”, pues hemos visto cómo personas con formas jurídicas de derecho privado y régimen jurídico preponderante de derecho privado son parte integrante de la estructura estatal (sociedades anónimas de capital totalmente público, p. ej.), y al contrario, cómo personas jurídicas con formas de derecho público y régimen jurídico preponderante de derecho público no son parte integrante de la estructura general del Estado ni de su Administración Pública indirecta o descentralizada (colegios profesionales).

Ahora bien, así como no puede en la actualidad identificarse la “persona pública” pura, simple y exclusivamente con aquel sujeto de derecho sometido a un régimen preponderante o no de derecho público; ni con aquél que tenga una forma jurídica originaria del derecho público; tampoco puede identificarse con aquellos sujetos integrados a la estructura del Estado. Persona pública y persona estatal son dos nociones distintas que obedecen a distintas fundamentaciones (naturaleza del ente en un caso y organización formal en el otro), y por ello no deben confundirse. Lamentablemente, en muchos casos, aun cuando se reconoce que la distinción tradicional entre persona pública y persona privada no puede plantearse en los mismos términos que le dieron origen, sin embargo se acude a la distinción entre persona estatal y no estatal para fundamentar la misma distinción superada entre personas públicas y personas privadas, identificando en definitiva lo estatal con lo público y lo no estatal con lo privado, lo cual, evidentemente, no es adecuado¹².

En este sentido, verbigracia, si se analizan muchos de los intentos de la doctrina más moderna para establecer un criterio de distinción entre “personas públicas” y “personas privadas”, resulta que, en realidad, lo que se está distinguiendo son las personas estatales de las no estatales, según su integración o encuadramiento a la organización del Estado.

En efecto, por ejemplo, uno de los elementos que GARCÍA TREVIANO FOS aportó para la distinción es que los entes públicos eran “los que están con el ente de cobertura en una relación de derecho público, de manera que se encuadran en su organización general”¹³. En similar posición se colocaba GARRIDO FALLA, quien insistía que el “criterio fundamental para saber si una persona jurídica debe considerarse como de derecho público [es] su encuadramiento en la organización estatal”, aun cuando llegaba a la conclusión de que las sociedades anónimas creadas por el Estado están deliberadamente desplazadas de su propia organización administrativa¹⁴.

Salvo esto último, en realidad, el criterio de base que aducían ambos autores para distinguir las personas públicas de las privadas era en realidad válido para distinguir las personas estatales de las no estatales, lo cual, por sí mismo, no prejuzga sobre su naturaleza ni sobre su régimen jurídico.

12 Cfr. BREWER-CARÍAS, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”, cit., nota 12.

13 Cfr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIANO FOS, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974, p. 155.

14 Cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, pp. 342 a 343.

Por otra parte, la distinción que introdujo EISENMANN entre personas públicas y privadas también, en realidad, era una distinción entre personas estatales y no estatales. En efecto, EISENMANN partió de la consideración de que la distinción entre personas públicas y personas privadas, sometidas las primeras a un régimen de derecho público y las segundas a un régimen de derecho privado (único sentido de dicha clásica distinción, en nuestro criterio), ya no existía¹⁵; pero concluyó señalando que “la distinción entre las instituciones públicas y las instituciones privadas se fundamenta esencialmente sobre la incidencia patrimonial o financiera de sus actividades; más exactamente, sobre el régimen jurídico de esta incidencia”¹⁶. Con base en ello, señaló que las personas públicas serían aquellas en las cuales el costo de su actividad afectaba un patrimonio público, es decir, estaba cubierto esencialmente por recaudaciones autoritarias sobre patrimonios particulares, o por una masa de bienes y dinero que se separaban para constituirse en patrimonio distinto del patrimonio de una colectividad territorial¹⁷. En realidad, este criterio de distinción fundado sobre la incidencia patrimonial o financiera de los entes era una consecuencia de la distinción admitida por el derecho positivo entre personas estatales y no estatales; la actividad de las primeras, al estar integradas a la organización general del Estado, tiene una incidencia patrimonial y financiera en un patrimonio público; pero no podía servir de fundamento para la pretendida distinción entre personas públicas y personas privadas, cuyo origen tuvo otro sentido: el distinto régimen jurídico.

Una problemática similar se ha planteado al estudiar a las empresas públicas, pero se ha resuelto identificando el término “empresa pública” con organización económica para la producción de bienes y servicios del Estado¹⁸. En efecto, la noción de empresa pública no responde tampoco a una determinada forma jurídica de la organización económica sino a la integración o no de dicha organización a la estructura general del Estado, o a la participación patrimonial del Estado en la misma. Así, hay empresas públicas sin personalidad jurídica integradas a la Administración central del Estado (algunos fondos constituidos como patrimonios autónomos, o servicios autónomos sin personalidad jurídica, p. ej.), y empresas públicas con personalidad jurídica (Administración descentralizada) con forma de derecho público (institutos autónomos con fines económicos)

15 Cfr. CHARLES EISENMANN, “Prefacio” a E. P. SPILIOPOULOS, *La Distinction des institutions publiques et institutions privées en droit français*, Paris, 1959, pp. III y IV.

16 *Ibid.*, p. V.

17 *Ibid.*, p. VI.

18 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

o de derecho privado (sociedades mercantiles de capital público, a las cuales se denomina convencionalmente como empresas del Estado). En todos estos casos, el concepto de empresa pública como noción diferenciada de la empresa privada está fundamentado en la integración de la organización económica al sector público o en la participación del Estado en su patrimonio.

Pero, tal como se ha visto, la construcción de este criterio de empresa pública vinculado al carácter “estatal” de la organización ha obedecido a criterios y épocas distintas a la construcción de la diferencia entre persona pública y persona privada, por lo que identificar “persona pública” con “persona estatal” significaría desconocer el origen de aquella distinción y la realidad jurídica actual.

4. EL SENTIDO DE LAS CLASIFICACIONES

Como conclusión de lo planteado anteriormente puede afirmarse que la distinción entre “persona pública” y “persona privada” pudo haber tenido sentido cuando se comparaban realidades extremas: por ejemplo, la República, por una parte, como persona político territorial (forma jurídica constitucional originaria del derecho público) sometida preponderantemente a un régimen de derecho público, y por la otra, una sociedad mercantil entre comerciantes (forma jurídica originaria del derecho privado) sometida preponderantemente a un régimen de derecho privado comercial. Para comparar y diferenciar estas realidades extremas —únicas que existían, jurídicamente hablando, durante el siglo XIX— la distinción podría utilizarse, y argumentarse; además, como consecuencia de la calificación: que las personas públicas normalmente serían las creadas por ley en virtud del interés público que perseguían, y que estarían sometidas vinculatoriamente a la ley; que ejercerían potestades públicas; que tendrían una indisponibilidad patrimonial y el sometimiento a un régimen financiero de derecho público; que producirían actos administrativos en su actuación frente a los particulares (con las consiguientes garantías procesales para éstos y privilegios y prerrogativas de la Administración; presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, etc.); que serían controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa, y que estarían sometidas a un control público (político o de tutela).

Sin embargo, cuando no se trata de distinguir realidades extremas y relativamente simples de diferenciar —y no hay que olvidar que ante la simpleza de las realidades a distinguir el criterio para diferenciarlas, consecuencialmente, era un criterio simplista— no puede seguirse aferrando el análisis jurídico a aquel mismo criterio de diferenciación.

El problema, en todo caso, es un problema de derecho positivo, por lo que en la actualidad la distinción entre “personas públicas” y “personas privadas”

no es posible establecerla, pues ese criterio de distinción entre esas realidades no sólo no proviene del derecho positivo, sino que no responde a la consecuencia que perseguía cuando se formuló: distinguir el régimen jurídico —de derecho público o de derecho privado— aplicable a los sujetos de derecho.

En la actualidad, al contrario, el derecho positivo y la teoría jurídica nos muestran en realidad sólo dos criterios para afrontar la multiplicidad de realidades personificadas del Estado: la integración o no de la persona jurídica a la estructura general del Estado, estatales o no estatales (que formen o no parte de la denominada Administración Pública descentralizada); y la forma jurídica adoptada por la entidad, originaria del derecho público (creación por ley o en virtud de una ley) u originaria del derecho privado.

Como consecuencia de ello, frente a una persona jurídica determinada, dos son las preguntas que hay que formularse: ¿está o no integrada a la estructura general de la Administración Pública del Estado?, y ¿en qué forma? Es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal?; y ¿qué forma jurídica reviste la entidad? ¿Tiene una forma jurídica originaria del derecho público o del derecho privado?

La respuesta a estas preguntas dará, sin duda, una serie de datos que podrán contribuir a construir, en el caso concreto, las modalidades de su régimen jurídico y determinar las preponderancias que pueda haber del derecho público o del derecho privado. Del resto, en nuestro criterio, no tiene mayor sentido que se intente encasillar los sujetos de derecho dentro de las nociones “persona pública” o “persona privada”, pues ello, en definitiva, no aporta nada desde el punto de vista del derecho positivo, salvo que se confunda —como es frecuente— persona pública con persona estatal, lo cual en nuestro criterio es incorrecto.

III. LOS CRITERIOS PARA LAS CLASIFICACIONES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, si se analiza el derecho positivo venezolano, tal como se dijo, en la clasificación de los sujetos de derecho sólo se distinguen los dos grupos señalados: por una parte, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y por la otra, las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales.

I. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

En efecto, en relación con el primer grupo, como se ha dicho, es la propia Constitución la que da origen a la distinción en su artículo 145 al establecer

que “quien esté al servicio de los municipios, de los estados, de la República, y demás personas jurídicas de derecho público, o derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellos”. No hay duda de que el constituyente para establecer tal prohibición atendió a la integración del ente a la organización general del Estado, independientemente de que el ente tenga forma de derecho público o forma de derecho privado. Al establecer este principio, sin embargo, la Constitución estableció con toda claridad la clasificación entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado según la forma jurídica adoptada para crear o constituir el ente; distinción que también se recoge en el artículo 322 al referirse a “las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado”, como sujetos responsables de la seguridad de la Nación. La misma terminología se utilizó, además, en el artículo 318 C. cuando califica al Banco Central de Venezuela como persona jurídica de derecho público.

Esta distinción, por otra parte, es la que se sigue en el artículo 29 LOAP de 2001, al clasificar los “entes descentralizados funcionalmente” en dos tipos: en *primer lugar*, los entes descentralizados funcionalmente “con forma de derecho público” que integran aquellas “personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público” las cuales pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas; y en *segundo lugar*, los entes descentralizados funcionalmente “con forma de derecho privado” que están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo con las normas del derecho privado.

En este mismo sentido el propio Código Civil, al enumerar las personas jurídicas, luego de identificar las personas político territoriales (art. 19.1) y mencionar a las Iglesias, por la razón histórica antes reseñada, y a las universidades (art. 19.2), hace referencia a que también son personas jurídicas “todos los seres o cuerpos morales de carácter público” (art. 19.2); y esta expresión no puede ser tomada sino en sentido formal de personas jurídicas de derecho público, pues el ordinal siguiente del mismo artículo 19 identifica a las personas jurídicas de derecho privado: “las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado”, cuya personalidad se adquiere mediante la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro respectiva.

La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado¹⁹, en nuestro criterio, resulta entonces evidente de

19 La Sala Constitucional en sentencia 1240 del 24 de octubre de 2000, al resumir la distinción ha señalado: “el autor JESÚS CABALLERO ORTIZ, a manera esquemática clasifica a los organismos descentralizados funcionalmente en dos tipos de personas: personas de derecho público y personas de derecho privado. Dentro de las primeras se incluyen las siguientes: los institutos autónomos, las universidades nacionales,

los artículos 145 C., 29 LOAP y 19 C.C.; y entre otros elementos de distinción (excepto por lo que se refiere a las Iglesias) está el dato de la creación o adquisición de la personalidad: en las personas jurídicas de derecho público generalmente es *ex lege* o en virtud de la Constitución; en cambio, en las personas jurídicas de derecho privado es en virtud de la protocolización o registro de su acta constitutiva.

Conforme a esta misma orientación, estimamos que cuando algunas leyes se refieren a “personas morales de carácter público”, tal como lo hace la Ley de Abogados de 1966²⁰ para hacer obligatoria la retasa para quienes las representen en juicio (art. 26), en realidad se refieren a personas jurídicas de derecho público, es decir, con forma jurídica de derecho público, por lo que los representantes de una empresa del Estado constituida como sociedad anónima, en nuestro criterio, no estarían incluidos en la retasa obligatoria de honorarios a que se refiere esa norma.

En todo caso, debe señalarse que la distinción se había utilizado ampliamente en la legislación preconstitucional (C. 1999). Por ejemplo, en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario²¹, en la Ley Orgánica de Crédito Público²² y en la Ley de Privatizaciones²³ se había incluido dentro de los organismos del sector público, entre otros, a los institutos autónomos y a las demás personas de derecho público (art. 1.3 y 2); en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República²⁴, al identificar los sujetos de control, se hacía referencia a los institutos autónomos, a los establecimientos públicos, al Banco Central de Venezuela y a las demás personas jurídicas de derecho público (art. 5.º); en el Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública nacional, de los estados y de los municipios de 1985²⁵, se hacía referencia, entre otras, a las personas jurídicas de derecho público con forma societaria (art. 2.11); en la Ley Orgánica del Trabajo²⁶ en su artículo 668, al definirse el ámbito del sector público para el pago de prestaciones sociales adeudadas, se hace referencia a las personas de derecho público de rango constitucional (lit.

las sociedades anónimas creadas por ley y una persona de naturaleza única, como lo es el Banco Central de Venezuela. Dentro de las segundas se encuentran: las asociaciones civiles, las sociedades anónimas y las fundaciones (V. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 50 y 51)”, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 378.

20 *Gaceta Oficial* n.º 1.081, extra., del 23 de enero de 1967.

21 *Gaceta Oficial* n.º 36.916 del 22 de marzo de 2000.

22 *Gaceta Oficial* n.º 35.077 del 26 de octubre de 1992.

23 *Gaceta Oficial* n.º 5.199, extra., del 30 de diciembre de 1997.

24 *Gaceta Oficial* n.º 5017, extra., del 13 de diciembre de 1995.

25 *Gaceta Oficial* n.º 35535 del 21 de agosto de 1990.

26 *Gaceta Oficial* n.º 5152, extra., del 19 de junio de 1997.

a), a los institutos autónomos (lit. c) y a las personas de derecho público descentralizadas territorialmente (lit. e), y a las demás personas organizadas bajo el régimen de derecho público (lit. g). En la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público²⁷, al definir el patrimonio público, se mencionaba el que correspondía a los institutos autónomos, a los establecimientos públicos y a las demás personas jurídicas de derecho público (art. 4.3).

En cuanto a las leyes postconstitucionales sustitutivas de las anteriores, debe mencionarse a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público²⁸, en la cual se utiliza la frase “personas jurídicas *estatales* de derecho público” (art. 6.7). Por su parte, en la Ley contra la Corrupción²⁹ de 2003 y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 2001³⁰ se ha utilizado la frase “personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales” (arts. 4.6 y 9.9). En cuanto al Código Orgánico Tributario³¹, en el mismo se ha utilizado la expresión: “personas de derecho público *no estatales*” (art. 1.º).

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES Y LAS PERSONAS JURÍDICAS NO ESTATALES

Como resulta de lo anteriormente expuesto, la Constitución es precisa al utilizar la integración a la estructura general del Estado de un ente, cualquiera sea su forma jurídica, para establecer la prohibición de contratar con sus funcionarios refiriéndose a “las personas de derecho público o de derecho privado *estatales*” (art. 145). La misma expresión se ha utilizado en la Constitución para regular la extensión de la inmunidad tributaria de la República y de los estados respecto de los impuestos municipales a las “personas jurídicas estatales” creadas por ellos (art. 180), o al referirse a las “empresas del Estado” para regular las condiciones de elegibilidad de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 189). En estos casos, la Constitución ha atendido, antes que a la forma jurídica del ente, a su integración o no a la estructura general del Estado, lo cual se manifiesta, entre otros factores, por la participación patrimonial del Estado en el ente.

En el mismo sentido, se recurre al criterio de integración a la estructura general del Estado cuando se somete su control a “los intereses públicos en

27 *Gaceta Oficial* n.º 3077, extra., del 23 de diciembre de 1982.

28 *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

29 *Gaceta Oficial* n.º 37.606 del 09 de enero de 2003.

30 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

31 *Gaceta Oficial* n.º 4727, extra., del 27 de mayo de 1994.

corporaciones o entidades de cualquier naturaleza” (art. 142) o cuando se precisa que las facultades de control por la Contraloría General de la República se extienden a las “personas jurídicas del sector público” (art. 289.3).

Por otra parte, en el orden legal, el derecho positivo ha adoptado en muchos casos el criterio de distinción entre personas estatales y no estatales para una determinada regulación, sin atender a su diversa forma jurídica. Así sucedió en innumerables leyes preconstitucionales. Tal fue el caso de la Ley que estableció el régimen para la conciliación, compensación y pagos de deudas entre organismos gubernamentales y entre éstos y los estados o los municipios del 1.º de septiembre de 1975, en la cual se definió como “organismos gubernamentales” los equivalentes a lo que hemos denominado “personas estatales”, pues se identifican por su integración a la organización general del Estado³². De la sola lectura de la enumeración de dicha ley es claro que las entidades a las cuales se aplicaba eran las personas estatales, que se denominan “organismos gubernamentales”, independientemente de su forma jurídica —se incluía allí, indistintamente, a la República, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y a las fundaciones creadas por el Estado, p. ej.—, y el criterio que utilizaba para identificar estas personas estatales —organismos gubernamentales— era la integración a la estructura general del Estado, en unos casos identificada a través de aportes patrimoniales del mismo.

Igualmente, otras leyes habían utilizado el mismo criterio de distinción entre sujetos de derecho, basado en su integración o no a la estructura general de la organización del Estado. Esto también lo hizo la ley de remisión, reconversión y consolidación de las deudas de los productores agropecuarios del 2 de julio de 1974³³, al establecer la distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales a los efectos de la reconversión, remisión y consolidación de la deuda agraria. En las personas estatales, que se denominaban “organismos o entidades de carácter público”, se incluía, independientemente de su forma jurídica, a la

32 *Gaceta Oficial* n.º 30.800 del 20 de septiembre de 1975. De acuerdo con el artículo 1.º de dicha ley, en efecto se entiende por organismos gubernamentales a los efectos de la misma: 1. Los órganos del poder nacional (la República) y los Institutos Autónomos; 2. Las sociedades en las cuales la República, y los institutos autónomos tengan participación mayor de 50 % del capital social y las fundaciones dirigidas por ellos; 3. Las empresas en las cuales las sociedades y fundaciones a que se refiere el ordinal anterior tengan participación mayor del 50 % de su capital social y las fundaciones dirigidas por ellos; 4. Los fondos y patrimonios separados que se crearen de conformidad con la Ley.

33 *Cfr. Gaceta Oficial* n.º 30.448 del 15 de julio de 1974. El artículo se refería al “Estado”, sus organismos de crédito agrícola o pecuario, los bancos del Estado o aquellos en los cuales tenga hasta un 50% de su capital, las corporaciones, las empresas agroindustriales con mayoría de capital del Estado o cualesquiera otros organismos o entidades de carácter público entre cuyas funciones esté la de atender financieramente a la producción agrícola o pecuaria.

República, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y cualquiera otra persona jurídica integrada a la estructura general del Estado, es decir, que formase parte del sector público.

En la derogada Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1976³⁴, por otra parte también, se recogió la misma distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales según su integración o no al sector público, y básicamente según criterios presupuestarios; y en sentido similar se establecía en la también derogada Ley Orgánica de Crédito Público de 1976³⁵.

En estas normas, sin duda, entre las personas jurídicas estatales que integraban el sector público se incluía a las personas político territoriales, a los institutos autónomos, a las empresas del Estado y a las fundaciones creadas por el Estado, independientemente de la forma jurídica que revistieran.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1997³⁶, por otra parte, al definir las entidades que integran el sector público a los efectos del pago de prestaciones sociales, enumeró las siguientes: en *primer lugar*, las personas de derecho público territoriales: a. Las personas de derecho público de rango constitucional; en *segundo lugar*, las personas de derecho público no territoriales estatales: c. Los institutos autónomos; d. Las universidades nacionales; e. Las personas de derecho público descentralizadas territorialmente; g. Las demás personas organizadas bajo régimen de derecho público; y en *tercer lugar*, las personas de derecho privado estatales: f. Las fundaciones y asociaciones civiles del Estado.

34 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 1.893, extra., del 15 de julio de 76. El artículo 1.º establecía: “La presente Ley establece los principios y normas básicos que regirán el proceso presupuestario de los organismos del Sector Público, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución y las leyes confieren a los órganos de la función contralora. Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley: 1. El poder nacional. 2. Los estados y los municipios. 3. Los institutos autónomos, los servicios autónomos sin personalidad jurídica y demás personas de derecho público en las que los organismos antes mencionados tengan participación. 4. Las sociedades en las cuales el poder nacional y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al 50% del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional. 5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50%. 6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas”.

35 Artículo 2.º: “Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley: 1. La República, los Estados, las municipalidades, los Institutos Autónomos y demás personas de derecho público; 2. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o superior al 51% del capital social; 3. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o superior al 51%; 4. Las funciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas”.

36 *Gaceta Oficial* n.º 5152, extra., del 19 de junio de 1997.

Estas regulaciones desembocaron en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público de 2000³⁷, en la cual se identificaron como “entes u organismos que conforman el sector público”, en su artículo 6.º, las siguientes personas jurídicas: en *primer lugar*, las personas jurídicas de derecho público territoriales: 1. La República; 2. Los estados; 3. El Distrito Metropolitano de Caracas; 4. Los distritos; 5. Los municipios.

En *segundo lugar*, las personas jurídicas de derecho público no territoriales estatales: 6. Los institutos autónomos; 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público.

En *tercer lugar*, las personas jurídicas de derecho privado estatales: 8. Las empresas del Estado constituidas por sociedades mercantiles en las cuales la República o alguna de las personas jurídicas antes mencionadas tenga una participación igual o mayor al 50% del capital social; 9. Las empresas del Estado constituidas por sociedades mercantiles en las cuales las empresas del Estado antes mencionadas tengan una participación igual o mayor al 50% del capital social, y 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas personas jurídicas estatales cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuada por una o varias de las personas jurídicas estatales, represente el 50% de su presupuesto.

En esta norma, es claro que lo que interesa al legislador para definir el ámbito de la Administración financiera del sector público es esto último, el sector público conformado por entes integrados al Estado o financiados por el Estado.

Por último, en el análisis del derecho positivo preconstitucional debe destacarse la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982³⁸, en la cual se consideraba (art. 4.º) como “patrimonio público” aquel que correspondía por cualquier título, en *primer lugar*, a las personas de derecho público territoriales: 1. La República; 2. Los estados y municipios; en *segundo lugar*, a las personas de derecho público no territoriales estatales: 3. Los institutos autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación; y en *tercer lugar*, a las personas de derecho privado estatales: 4. Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al 50% del capital. Quedan comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la

37 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

38 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 3.077, extra., del 23 de diciembre de 1982.

posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 5. Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50%; 6. Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las personas.

La Ley Orgánica de Salvaguarda fue derogada por la Ley contra la Corrupción³⁹ de 2003, en cuyo artículo 4.º se considera como “patrimonio público” aquél que corresponde, primero, a las personas jurídicas de derecho público político territoriales, noción que comprende a las que ejercen el poder público nacional, estatal y municipal (ords. 1.º a 5.º), y no territoriales, lo que comprende a los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales (ord. 6.º), al Banco Central de Venezuela (ord. 7.º), a las universidades públicas (ord. 8.º) y a las “demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales” (ord. 9.º), es decir, estatales; y segundo, a las personas de derecho público estatales, como las “sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los ordinales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyen con la participación de aquéllas” (ord. 10.º), “las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los ordinales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto” (ord. 11.º). Una enumeración similar está en el artículo 9.º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 2001⁴⁰.

Conforme a todas estas normas del derecho positivo, por tanto, resulta que las personas jurídicas estatales configuran los organismos gubernamentales, titulares del patrimonio público y que conforman el sector público; por oposición a las personas jurídicas no estatales o no gubernamentales o que no forman parte del sector público ni su patrimonio forma parte del patrimonio público.

39 *Gaceta Oficial* n.º 5.637, extra., del 7 de abril de 2003.

40 *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

*§ 6. Las personas jurídicas de derecho público
y las personas jurídicas de derecho privado*

La distinción entre las personas jurídicas de derecho público o de carácter público, como las califica el Código Civil, y las personas jurídicas de derecho privado o de carácter privado, también conforme al Código Civil, como se ha señalado, está basada en el criterio de la forma jurídica adoptada por el sujeto de derecho que deriva de la forma de su creación; sea que la creación esté expresada en la Constitución o en ley formal (nacional, estatal o municipal), o se produzca en virtud de una manifestación de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, conforme a las regulaciones que rigen las relaciones entre particulares en el Código Civil o el Código de Comercio.

Este elemento diferenciador conduce a la razón de ser de la distinción¹; en general, las personas jurídicas de derecho público ejercen una cuota parte del poder público por ser una manifestación de la descentralización del poder o de funciones administrativas, que se traduce en la atribución al ente de prerrogativas y privilegios del poder público y que sólo la Constitución o una ley formal les puede asignar; de allí que su creación sólo puede tener origen en la Constitución o en una ley o en virtud de una disposición expresa de esas normas. Por eso la Constitución, en el caso de los institutos autónomos, exige que sólo pueden crearse por ley (art. 142), y la Ley Orgánica de la Administración Pública, además de repetir esta exigencia (art. 95), precisa que en el caso de las personas jurídicas estatales o entes descentralizados funcionalmente “con forma de derecho público” deben ser “creadas [...] por normas de derecho público” (art. 29.2), y esas no son otras que la ley formal, pues sólo la Ley puede atribuir a las mismas “el ejercicio de potestades públicas” (ídem). En cambio, en general, las personas jurídicas de derecho privado, al ser creadas en virtud de la manifestación de voluntad de sujetos de derecho formulada conforme a las normas que regulan las relaciones entre particulares, no son titulares de dichas prerrogativas o privilegios, ni podrían serlo por el solo hecho de su creación. El ejercicio del poder público sólo puede realizarse por los sujetos de derecho y sus órganos establecidos en la Constitución (art. 137), y conforme a las normas constitucionales, por los otros sujetos de derecho a los cuales se les transfieran prerrogativas y poderes públicos, lo cual sólo puede ocurrir mediante ley formal (nacional, estatal o municipal), única fuente válida para transferir o desviar competencias legalmente asignadas a un sujeto de derecho de carácter público.

El criterio de distinción, sin embargo, encuentra en el Código Civil una excepción, y es la atribución por ley a las “Iglesias de cualquier credo” (art. 19

1 Cfr., en general, sobre la distinción ENRIQUE SÁNCHEZ FALCÓN, “La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Verdades y confusiones de una problemática”, *Revista de Derecho Público*, n.º 15, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 78 y ss.

C.C.) de la personalidad jurídica de “carácter público”, sin que sean creadas por ley y sin que ejerzan, ni puedan ejercer, en forma alguna, prerrogativas del poder público. La indicación del Código tiene su origen, como se ha dicho, en el conflicto entre la Iglesia y el Estado que existía precisamente al sancionarse el Código de 1873, y que dio origen además, por ejemplo, a la regulación exclusivamente civil del matrimonio.

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

El ordenamiento constitucional y legal, ante todo, regula las personas jurídicas de derecho público, distinguiendo dos grandes categorías según el sustrato personal o real de las mismas: corporaciones y asociaciones de derecho público por una parte, y por la otra, las instituciones de derecho público.

Entre las primeras, que tienen base corporativa (sustrato personal), como se ha señalado, están las corporaciones y las asociaciones de derecho público. En cuanto a las corporaciones de derecho público, éstas a la vez se clasifican en dos grupos: primero, las comunidades públicas, entre las que están las comunidades políticas que son las personas político territoriales (entidades políticas del Estado consecuencia de la distribución del poder público), las comunidades indígenas, las Iglesias (comunidades religiosas) y las comunidades universitarias; y segundo, las corporaciones públicas como las profesionales (colegios profesionales) y académicas (academias nacionales); y luego, las asociaciones de derecho público, es decir, las personas jurídicas creadas por asociaciones entre personas de derecho público (mancomunidades).

Entre las segundas, las que tienen base patrimonial (sustrato real), están las instituciones de derecho público, como los institutos autónomos.

Debe señalarse que frente a las comunidades políticas como personas jurídicas de derecho público territoriales, producto de la descentralización política dispuesta en la Constitución, desde hace años habíamos utilizado la expresión “establecimientos públicos” para identificar a las denominadas personas jurídicas de derecho público “no territoriales”, que en general eran producto de la descentralización funcional con forma de derecho público. Para tratar de identificar a dichas personas de derecho público no territoriales, habíamos recurrido a la expresión “establecimiento público”² que los artículos 538, 900,

2 Que comprendía a los denominados establecimientos públicos fundacionales o institucionales (institutos autónomos), a los establecimientos públicos corporativos (universidades, colegios profesionales, academias) y establecimientos públicos asociativos (mancomunidades). Cfr. esa clasificación en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 1980, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, p. 104. Hemos abandonado esta clasificación, dada la

1000 y 1482 C.C. emplean para identificar a las personas jurídicas distintas de los particulares y de las entidades políticas (personas político territoriales), que pueden ser propietarias de bienes, que pueden ser herederos o cuyos bienes no pueden comprar los empleados públicos que los administren.

La terminología “establecimiento público”, entonces, la habíamos utilizado para identificar la descentralización funcional con formas de derecho público, pero con la dificultad de que se trataba de identificar a personas jurídicas que no tenían un mismo sustrato jurídico, ya que abarcaba entidades diversas y disímiles tanto de carácter fundacional como corporativo, pero que tenían en común el hecho de que su creación era producto de una ley formal que crea la persona jurídica, le atribuye un patrimonio, le asigna competencias mediante un proceso de descentralización funcional, y le atribuye el ejercicio de una cuota parte del poder público, mediante atribución de privilegios y prerrogativas públicas. La creación de dichas entidades descentralizadas funcionalmente, por tanto, es de la reserva legal, por lo que es precisamente por una ley o en virtud de una manifestación expresa del legislador que obtienen la personalidad jurídica. Por ello, ahora, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que la descentralización administrativa funcional tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas (arts. 29 y 32), pudiendo realizarse esta descentralización funcional mediante la creación de personas jurídicas tanto con forma de derecho público como con forma de derecho privado (art. 29)³.

Pero aparte de este rasgo común de creación por ley o en virtud de una ley, la figura general de los “establecimientos públicos” no distinguía el sustrato legal que justificaba la creación del ente, por lo que podía tratarse de un puro sustrato real o patrimonial, es decir, de la afectación de un patrimonio a un fin público determinado, en cuyo caso estábamos en presencia del “instituto autónomo” o del establecimiento público institucional o fundacional; podía tratarse de un sustrato personal el que motivase o justificase la atribución de personalidad jurídica de derecho público, como sucedía con algunas de las “comunidades públicas” antes señaladas (universidades) o con las “corporaciones públicas” como las profesionales o académicas, que podían ser calificadas como establecimientos públicos corporativos. Por ello, a pesar de que los establecimientos públicos fueran manifestación de la descentralización funcional, no todos for-

dificultad de englobar dentro de una misma categoría (personas de derecho público no territoriales) un universo muy dispar de entes, con bases corporativas o patrimoniales de diversa naturaleza.

3 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 115 y ss.

maban parte de la estructura general del Estado, es decir, no todos eran personas jurídicas estatales. Por ello el abandono que hemos hecho de tal clasificación respecto de los “establecimientos públicos”, formulando, en sustitución, la de corporaciones y asociaciones de derecho público (base personal) e instituciones de derecho público (base real).

I. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

A. LAS COMUNIDADES PÚBLICAS: LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO POLÍTICO TERRITORIALES

Las personas jurídicas político territoriales son las entidades o comunidades políticas creadas en la Constitución que resultan de la distribución vertical del poder público en el territorio y que conforman, por ello, la división político territorial del Estado venezolano.

Por tanto, es la forma federal del Estado venezolano, como sistema de descentralización político territorial en tres niveles, la que origina estas personas jurídicas de derecho público, cuyo establecimiento, en definitiva, se ha hecho por el constituyente al sancionar la Constitución, y que son: *la República*, cuyos órganos ejercen el poder nacional y cuyo ámbito de actuación territorial es todo el territorio nacional; *los estados* federados (en número de 23), cuyos órganos ejercen el poder estatal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada estado de acuerdo a la división político territorial de la República⁴, y *los municipios*, cuyos órganos ejercen el poder municipal, y cuyo ámbito territorial es el territorio que tiene cada municipio de acuerdo a las leyes de división territorial de cada estado de la federación. También constituyen personas de derecho público político territoriales los distritos municipales y, en particular, el Distrito Metropolitano de Caracas⁵ y el Distrito del Alto Apure⁶, cuyos órganos también ejercen el poder municipal (*Cuarta parte*).

Además, dentro de entidades políticas, conforme al artículo 16 C., está el Distrito Capital, cuyo ámbito territorial es el que correspondía al antiguo Distrito Federal, y los territorios federales. Estas entidades territoriales, sin

4 Cfr. Ley de División Territorial del 28 de abril de 1856 reformada por Ley del 9 de octubre de 1861, *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, t. VII, Caracas, Ministerio de Relaciones Interiores, 1943, pp. 67 y ss.

5 Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, *Gaceta Oficial* n.º 36.906 del 8 de marzo de 2000.

6 Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure, Ley 56, *Gaceta Oficial* n.º 37.326 del 16 de noviembre de 2001.

embargo, al no existir en la actualidad⁷, carecen de órganos que puedan ejercer su personalidad jurídica.

Sobre este universo de personas jurídicas de derecho público político territoriales (comunidades políticas), la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1205 del 24 de agosto de 2000 (caso Jhonny A. Ampueda M. vs. Policía Metropolitana), aun cuando sin mayor precisión jurídica (como identificar al “Gobierno nacional” con una persona jurídica, cuando debió referirse a la “República”), ha enumerado las siguientes:

1. Un primer nivel conformado por el Gobierno nacional.
2. Un segundo nivel, conformado por los Estados Federales.
3. El tercer nivel está conformado por el Distrito Capital que, por mandato del artículo 16 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el órgano que debería tener personalidad jurídica. Tradicionalmente se le ha asignado al Distrito Federal tratamiento similar al de una entidad estatal, y conforme al artículo 16 antes mencionado, ese es el tratamiento que debe seguir asignándosele. Tiene un poder ejecutivo, representado por un Gobernador, y la ley que lo organice establecerá un órgano legislativo.
4. El cuarto nivel de rango constitucional, existente sólo en la ciudad Capital, vendría a estar conformado por la superioridad municipal, el Distrito Metropolitano, que ha sido creado por el artículo 18 de la Constitución nacional, integrado por municipios tanto del Distrito Capital como del Estado Miranda.
5. El quinto nivel, está integrado por los municipios, cuya autonomía está reconocida constitucionalmente, y que cuentan con rama legislativa, como lo es los Concejos municipales.

7 En la actualidad no existen territorios federales, pues los últimos que existieron (Amazonas, Delta Amacuro y Vargas) fueron elevados a la categoría de estados conforme al artículo 13 C. de 1961. Cfr. la ley especial que da categoría de estado al Territorio Federal Delta Amacuro, *Gaceta Oficial* n.º 4.295 del 3 de agosto de 1991; la ley especial que eleva a la categoría de estado al Territorio Federal Amazonas, *Gaceta Oficial* n.º 35.015 del 29 de julio de 1992; la ley especial que eleva a la categoría de estado al Territorio Federal Vargas, *Gaceta Oficial* n.º 36.488 del 3 de julio de 1998. El artículo 16 C., sin embargo, ahora establece que mediante la ley orgánica de división político territorial se puede disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. En consecuencia, de crearse dichos territorios federales, en la ley orgánica debe regularse lo concerniente a su organización y personalidad jurídica. Además, la Constitución precisa que por ley especial puede darse a un territorio federal la categoría de estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo.

6. También las dependencias federales constituyen un nivel de persona jurídica territorial.
7. Por último los territorios federales constituyen el otro nivel existente de persona jurídica territorial⁸.

Las personas jurídicas político territoriales, por supuesto, son personas jurídicas *estatales*, en cuanto a que conforman la organización política del Estado venezolano; son las denominadas “personas de derecho público de rango constitucional” en el artículo 668, parágrafo tercero, a) de la Ley Orgánica del Trabajo. En consecuencia, en general, cuando la Constitución emplea la palabra “Estado” para establecer, por ejemplo, la responsabilidad patrimonial (art. 140) o para prever obligaciones prestacionales de salud o educación (arts. 83 y 102), se refiere en global y en conjunto a la República, a los estados de la Federación, a los municipios y a los distritos municipales. El “Estado”, en ese contexto, no sólo es la República, sino el conjunto de entidades o comunidades políticas que conforman la organización política de la sociedad venezolana⁹. En consecuencia en las líneas que siguen analizaremos el régimen constitucional de las comunidades políticas o personas jurídicas estatales político territoriales, es decir, la República, los estados, los municipios y los distritos municipales, incluyendo los metropolitanos. Además, nos referiremos al Distrito Capital y a las parroquias, las cuales también podrían tener personalidad jurídica.

a. La República

La República, sin duda, es la comunidad política integrada por los habitantes de su territorio, aun cuando sólo los ciudadanos tengan derechos políticos para la elección de sus autoridades como sus representantes (art. 40 C.)¹⁰. La Repú-

8 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 194.

9 En tal sentido, en los siguientes artículos de la Constitución, la expresión “Estado” comprende a la República, a los estados de la Federación, a los municipios y a las demás entidades locales (como los distritos municipales y metropolitanos): Preámbulo y arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 15, 19, 26, 29, 30, 31, 43, 46, 49.1 y 8, 52, 55, 56, 59, 62, 67, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 89.6, 91, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 135, 136, 140, 142, 145, 152, 156.32, 189.1 y 3, 211, 226, 272, 274, 281.2 y 9, 285.4, 299, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 318, 321, 322, 326 y 347 C. En cambio, en los artículos 37, 49.8, 250, 251, 254, 273, 301, 302, 313, 320, 324 y 328 se utiliza la expresión “Estado” para referirse, en realidad, sólo a la República, como persona jurídica político territorial nacional.

10 Excepcionalmente, sin embargo, los extranjeros tienen derecho a voto en las elecciones estatales y municipales: art. 64.

blica, como tal comunidad política nacional, es una persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones cuyos órganos, como se dijo, ejercen el poder público nacional conforme a la distribución vertical del poder público que establece el artículo 136 C.

Sin embargo, en la Constitución, el término “República” no se utiliza en un sentido unívoco, sino que tiene una ambivalencia: en algunos casos se utiliza como sinónimo de “Estado”¹¹ como organización o comunidad política general de la sociedad, titular del poder público, denominándose la “República Bolivariana de Venezuela”¹² o simplemente “República”; y en otros casos, que son la mayoría, se utiliza para hacer referencia a la persona jurídica político territorial nacional¹³ como titular del poder público nacional y, por tanto, diferenciada de los estados y municipios. Ambos conceptos, Estado y República, sin embargo, no deben confundirse¹⁴.

De todas formas, es la segunda connotación del término República la que aquí nos interesa, siendo por tanto la Constitución, en definitiva, la que regula a la República como comunidad política o persona jurídica (de derecho público político territorial) nacional, aun cuando no haya una norma constitucional que señale expresamente que la República es una persona jurídica, o que tenga personalidad jurídica como, en cambio, sí lo señala respecto de los estados (art. 159) y los municipios (art. 168).

En todo caso, la referencia a la República como persona jurídica nacional, por ejemplo, deriva de los artículos 129 y 145 que la identifican como sujeto de

11 En algunos artículos se utiliza la expresión “República” para referirse al “Estado” como comprensivo de las diversas personas jurídicas políticos territoriales (República, estados, municipios y otras entidades locales). Así sucede en el Preámbulo y en los artículos 8.º, 10.º, 11, 19, 32, 36, 50 y 278 C.

12 En tal sentido, los artículos 1.º, 4.º y 6.º C., cuando se refieren a la “República Bolivariana de Venezuela” como Estado independiente, a Estado federal descentralizado o para determinar los principios del gobierno, se refieren al “Estado” venezolano como organización política de la sociedad que comprende a la República, a los estados y a los municipios y demás entidades locales. En igual sentido los artículos 69, 186, 299 y 318 emplean la expresión “República Bolivariana de Venezuela” como sinónimo de “Estado” y no de la “República” como persona jurídica nacional. Por el contrario, los artículos 312 y 315 al referirse a la “República Bolivariana de Venezuela”, en realidad se refieren a la República como persona jurídica nacional y no a las diversas personificaciones del Estado.

13 En este sentido, utilizan la expresión “República” como persona jurídica político territorial nacional los artículos: 11, 18, 19, 129, 145, 152, 153, 154, 155, 236.4, 253, 266.4, 267, 324 y 336.5 C.

14 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 571 y ss., donde criticamos la sentencia de la Sala Político Administrativa del 20 de enero de 1983 (*Revista de Derecho Público*, n.º 13, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 110 a 163) en la cual se confundieron inadecuadamente dichos conceptos. Cfr. más recientemente la confusión en sentencia 172 del 18 de febrero de 2004 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, p. 194.

derecho contractual, sin necesidad de acudir a la vieja ficción del Fisco como persona, conforme lo regulaba la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional; norma que fue expresamente derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹⁵. La República, por otra parte, en la normativa constitucional, como persona político territorial nacional equivale a la Nación, en los términos de titularidad, por ejemplo, del dominio público sobre las aguas¹⁶.

Ahora bien, la República, como persona jurídica, actúa a través de los órganos que ejercen el poder público nacional en sus cinco ramas: poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial, poder ciudadano y poder electoral (art. 136). En particular, la República actúa a través de la Asamblea Nacional, integrada por diputados electos que ejercen el poder legislativo nacional; del Presidente de la República, también electo popularmente y del Vicepresidente de la República, de los ministros, del Procurador General de la República y demás órganos ejecutivos, los cuales ejercen el poder ejecutivo nacional; del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales, los cuales ejercen el poder judicial; del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo, los cuales ejercen el poder ciudadano; y del Consejo Nacional Electoral, que ejerce el poder electoral.

Todos estos órganos, al actuar, actualizan la personalidad jurídica de la República aun cuando, por supuesto, ésta se manifiesta fundamentalmente cuando actúan los órganos de la Administración Pública en ejercicio del poder ejecutivo, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁷.

b. Los estados

Los estados que forman la Federación son también comunidades políticas o personas jurídicas de derecho público político territoriales, y constituyen, como se indica en el artículo 16 C., la base fundamental de la organización política del Estado y de la división de territorio nacional. Esta personalidad jurídica de los

15 Artículo 171, *Gaceta Oficial* n.º 38.198 del 31 de mayo de 2005.

16 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en efecto, al interpretar el artículo 304 C. que declara que las aguas son del dominio público de la Nación, ha resuelto que el término "Nación" debe entenderse que equivale a República, sentencia 285 del 4 de marzo de 2004, *Revista de Derecho Público*, n.º 97 y 98, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 278 a 279. Cfr. igualmente la sentencia 172 del 18 de febrero de 2004, caso Interpretación de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *ibíd.*, p. 195.

17 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

estados, por lo demás, está expresamente atribuida en el artículo 159 C., que habla de “personalidad jurídica plena”¹⁸ (*Cuarta parte*, § 12).

En la Constitución de 1999, sin embargo, no se enumeran los estados de la República (al contrario de lo que ocurrió en los textos constitucionales entre 1864 y 1953), por lo que los estados que regula son los 23 estados que existían, y aun existen, para el momento de su promulgación: Amazonas, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira, Trujillo, Vargas, Yaracuy y Zulia¹⁹. La división político territorial de la República, con la indicación de los límites territoriales de los 23 estados, debe establecerse en una Ley Orgánica que, en definitiva, sustituya la vieja Ley de División Territorial de la República del 28 de abril de 1856, reformada por Ley del 9 de octubre de 1861²⁰.

Como entidades o comunidades políticas integradas por los habitantes de sus respectivos territorios, incluyendo a los extranjeros que tienen derecho a voto en ellas (art. 64 C.), además de los ciudadanos que tienen todos los derechos políticos, los estados son entidades autónomas e iguales conforme a la Constitución (art. 159), y como personas jurídicas político territoriales actúan a través de sus órganos los cuales son, básicamente, los gobernadores, electos popularmente, que ejercen el poder ejecutivo estatal (Administración Pública estatal); los legisladores, también electos popularmente, quienes integran los respectivos consejos legislativos²¹ y ejercen el poder legislativo estatal; los contralores estatales²²; y los procuradores estatales. Dichos órganos son los que, conforme a la Constitución nacional y a las respectivas constituciones estatales, actualizan la personalidad jurídica de los estados.

c. El Distrito Capital

De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 C. de 1999, con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide “En el de

18 La referencia a que la personalidad jurídica de los estados sea “plena” no tiene sentido alguno. Toda personalidad jurídica es “plena”; no puede haber personalidad jurídica “precaria”.

19 En el artículo 18 C., sin embargo, se hace referencia al Estado Miranda; y en las disposiciones transitorias de la Constitución se mencionan otros estados: *Primera*: Estado Miranda; *Tercera*: Apure; *Séptima*: Zulia, Mérida, Trujillo, Amazonas, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Anzoátegui, Sucre.

20 Cfr. en *Leyes y decretos reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, t. VII, cit., pp. 67 y ss.

21 Cfr. la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos Estadales, *Gaceta Oficial* n.º 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

22 Cfr. la Ley para la designación y destitución del Contralor o Contralora del Estado, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

los Estados, el del *Distrito Capital*, el de las dependencias federales y el de los territorios federales”.

Esta división política del territorio nacional es geográfica y cartográficamente similar a la que preveía el artículo 9.º C. de 1961 (salvo en cuanto a la reducción del territorio del Distrito Federal por la creación del Estado Vargas), pero con el muy importante cambio de concepción y denominación del territorio de la parte oeste del valle de Caracas, del “Distrito Federal” por el “Distrito Capital”, lo que implicó la *eliminación* del Distrito Federal como entidad política vinculada al poder nacional o federal, en el cual, si bien había autoridades municipales, su gobernador era de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República²³ (*Cuarta parte*, § 16).

Con la Constitución de 1999, en consecuencia, se eliminó todo vestigio de injerencia de los órganos del poder nacional con el territorio del antiguo Distrito Federal, el cual se sustituyó por el del Distrito Capital, que como comunidad política es parte de la división política del territorio nacional donde debe garantizarse la autonomía municipal y la descentralización político administrativa (art. 16)²⁴.

En consecuencia, el Distrito Capital en la Constitución de 1999 es una parte de la división política del territorio nacional que, sin embargo, no abarca territorialmente toda la ciudad de Caracas, sino que coincide con el territorio del antiguo Distrito Federal, por lo que en forma alguna afecta o puede afectar el territorio del Estado Miranda, el cual, conforme a la voluntad del Constituyente, ha permanecido incólume. En consecuencia, de acuerdo con la Constitución de 1999, los municipios del valle de Caracas, al este de la quebrada Chacaíto y en línea hacia el sur, necesariamente continúan y continuarán siendo parte del territorio del Estado Miranda.

Sobre el Distrito Capital y su personalidad jurídica, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 1205 del 24 de agosto de 2000 (caso

23 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *El régimen de gobierno municipal del Distrito Federal*, Caracas, Gobernación del Distrito Federal, 1968.

24 En las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de la Constitución de 1999, la propuesta original no fue sólo sustituir y cambiarle de nombre al Distrito Federal, sino crear un “Distrito Capital” en un territorio que abarcara mucho más que el del antiguo Distrito Federal, es decir, además de éste, el de los territorios de los municipios Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, equivalente al territorio geográfico del valle de Caracas y sus zonas más próximas. Se propuso así, inicialmente, separar del Estado Miranda esos municipios e integrarlos territorialmente al Distrito Capital, como una nueva entidad política en el territorio nacional. Lamentablemente, factores políticos circunstanciales impidieron la solución territorial definitiva para Caracas. Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Caracas, octubre-noviembre de 1999. El debate terminó con el establecimiento del Distrito Capital única y exclusivamente en el territorio del antiguo Distrito Federal, con la mención expresa de que debía preservarse “la integridad territorial del Estado Miranda” (disposición transitoria primera).

Policía Metropolitana), al destacar que el Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Capital a que hace referencia la Constitución de 1999 son entes diferentes, que presentan características distintas, señaló que “el Distrito Capital se asimila a una entidad con características propias de un Estado Federal, mientras que el Distrito Metropolitano de Caracas es una entidad que se asemeja a un nuevo nivel de gobierno municipal”, agregando:

Por ello se plantea una duda, si el Distrito Capital está reconocido constitucionalmente, es obvio que debe existir una Ley especial que lo regule, y que mientras no sea dictada dicha Ley, regirá lo dispuesto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y la Ley Orgánica de Régimen Municipal (disposición transitoria primera C.). Como consecuencia, se denota que este Distrito Capital tiene que tener un gobernador o alguien de similar jerarquía, por equipararse a una entidad estatal, postura que se ve reforzada por las disposiciones de la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual en su artículo 189 numeral 2, establece como una de las condiciones de inelegibilidad de los Diputados a la Asamblea Nacional, el hecho de haber sido gobernador o alguien de similar jerarquía del Distrito Capital, hasta tres meses antes de la elección como diputado. De ello se desprende que dicho Gobernador o persona de similar jerarquía gobernará dentro de los límites del Distrito Capital, cosa distinta a la que hará el alcalde Metropolitano cuyo ámbito de gobierno se encuentra no sólo en el municipio del Distrito Capital, sino en algunos del Estado Miranda.

Por otra parte, siendo el Distrito Capital, un nivel de persona político territorial, se constituye con personalidad jurídica propia, y debería contar con un poder legislativo propio, bien sea la Asamblea Nacional, que haga las veces de poder legislativo del Distrito Capital, como ocurría con el extinto Congreso de la República y el Distrito Federal, o bien podría la ley que se dicte para regir el Distrito Capital, disponer la creación de un órgano legislativo propio.

Ante esta situación, también se observa que la disposición transitoria Primera de la Carta Magna, dispone que la Asamblea Nacional Constituyente dictaría la Ley especial sobre el Régimen del Distrito Capital, sin embargo fue dictada la Ley que regula lo atinente al Distrito Metropolitano de Caracas, sin hacer lo propio con el Distrito Capital.

De ello se deriva, que la Ley que regule el Distrito Capital debe ser dictada de forma prioritaria, porque de lo contrario, se estaría permitiendo que una figura reconocida y consagrada constitucionalmente se encuentre vacía, sin autoridad, sin regulación, e incluso sin competencias, ya que conforme a lo enunciado *ut supra*, las competencias que antes correspondían al Gobernador del Distrito Federal, han sido reasignadas al alcalde del Distrito Metropolitano²⁵.

25 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 195 a 196.

La existencia ahora del Distrito Capital en sustitución del antiguo Distrito Federal implica, constitucionalmente hablando, lo siguiente: en *primer lugar*, que a todos los efectos administrativos, el Distrito Capital es una división política del territorio nacional, por lo que las unidades administrativas nacionales que actúan en el territorio nacional pueden adoptar la división del Distrito Capital.

En *segundo lugar*, que como entidad político territorial, al Distrito Capital le corresponde participar en la distribución del situado constitucional (una partida equivalente a un máximo del 20% del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco nacional) junto con los estados de la República (art. 167.4). Por tanto, en la asignación del situado constitucional, al Distrito Capital le corresponde igual parte que a cada uno de los estados respecto del 30% del situado constitucional; y una parte muy importante respecto del 70% restante del situado constitucional, que se reparte en proporción a la población de cada uno de los estados y del Distrito Capital.

En *tercer lugar*, que corresponde a la Asamblea Nacional sancionar una ley que regule la organización y régimen del Distrito Capital (art. 156.10) en cuyo territorio puede haber uno o más municipios. Es decir, una ley nacional podría establecer un régimen y organización del Distrito Capital, el cual no necesariamente tiene que conducir a crear alguna nueva “autoridad” a nivel del Distrito Capital, como incluso podría deducirse de lo indicado en el artículo 189.2 C., sino que puede perfectamente regular sólo la existencia de diversos municipios que podrían establecerse en dicho territorio (art. 18), dividiendo al actual municipio Libertador del Distrito Capital.

En *cuarto lugar*, que una ley nacional, en todo caso, es la llamada a determinar a cuál órgano corresponde administrar y ejecutar los ingresos que por situado constitucional corresponden al Distrito Capital como entidad territorial, lo cual se ha atribuido al Distrito Metropolitano de Caracas²⁶. En la actualidad, por tanto, el Distrito Capital, al carecer de órganos propios, no puede actuar como persona jurídica.

d. Los municipios

De acuerdo a lo establecido en el artículo 168 C., los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, es decir, constituyen la comunidad política local por excelencia, integrada por los “vecinos” de sus respectivos territorios. Como tales comunidades políticas locales, “gozan de

26 Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, *Gaceta Oficial* n.º 36.906 del 8 de marzo de 2000.

personalidad jurídica” y actúan a través de sus órganos que son los concejos municipales²⁷ cuyos concejales son electos popularmente (art. 175) por los vecinos; los alcaldes²⁸, también electos popularmente (art. 174), y los contralores municipales²⁹ y demás órganos que establece la Ley Orgánica del Poder Público Municipal³⁰ (*Cuarta parte*, § 14).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia 618 del 2 de mayo de 2001 analizó el mencionado carácter del municipio como unidad primaria y autónoma en la organización política del país, en los siguientes términos:

Al respecto, se hace imperativo para esta Sala recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 168 constitucional, los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la propia Constitución y de la ley, comprendiendo tal autonomía la elección de sus autoridades, la gestión de la materia de su competencia y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos. La señalada norma constitucional, ya se contenía en el artículo 25 de la Constitución de 1961, artículo este que se repite casi de forma exacta en el artículo 3.º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En ese sentido, el municipio es la unidad política de menor nivel territorial dentro del sistema de distribución vertical del poder en el Estado venezolano, pero cuyos mecanismos de ejercicio del poder se encuentran más próximos a los ciudadanos, por ello es definido constitucionalmente como un ente “primario” y esencialmente autónomo, autonomía esta que se encuentra limitada por la propia normativa constitucional, principalmente en lo que respecta al reparto de competencias de los distintos poderes político territoriales, cuestión que ha sido prevista así, lógicamente, a objeto de mantener la convivencia armónica de todos los elementos que conforman el Estado.

Así las cosas, siendo el municipio la unidad política primaria dentro del sistema de división vertical del poder (constituye el vínculo más estrecho entre el individuo y el centro de toma de decisiones), es evidente que debe contar con ingresos propios suficientes que le garanticen a sus ciudadanos la prestación de unos servicios mínimos obligatorios, prestación esta que es esencial a su propia existencia³¹.

Los municipios, por tanto, son las comunidades o entidades políticas primarias y autónomas dentro de la organización nacional (art. 168) y deberían constituir

27 Artículo 135.

28 Artículo 174.

29 Artículo 176.

30 La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 (*Gaceta Oficial* n.º 4.109, extra., del 15 de junio de 1989) ha sido derogada por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

31 Caso municipio Simón Bolívar, Estado Zulia, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, p. 199.

el nivel político territorial para hacer efectiva la participación ciudadana. Sin embargo, para ello la entidad local tendría que estar más cerca del ciudadano.

e. Los distritos municipales

De acuerdo con la Constitución, el poder público municipal no sólo lo ejercen “los municipios” como unidad política primaria de la organización nacional (art. 168), sino también “*las demás entidades locales*” a las que alude el artículo 169, cuya organización se rige por la “Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados” (art. 169).

Es decir, además de los municipios, la Constitución y las leyes orgánicas nacionales pueden establecer otras comunidades o entidades locales cuya organización debe ser siempre democrática y responder a la naturaleza propia del gobierno local (*Cuarta parte*, § 15).

En relación con estas entidades locales, la Constitución regula expresamente a los distritos metropolitanos (arts. 171 y 172) y a las parroquias (art. 173), pudiendo la ley orgánica establecer otras entidades. Ese fue el sentido, por ejemplo, de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de septiembre de 1988³², que debió haber entrado en vigencia el 15 de junio de 1989, la cual expresamente establecía la figura de los “Distritos municipales” como entidades locales³³; y en este sentido fue que además se concibió el texto de la versión original de la Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, aprobada en el referéndum consultivo del 15 de diciembre de 1999³⁴ al permitir el ar-

32 *Gaceta Oficial* n.º 4.109, extra., del 15 de junio de 1989.

33 En efecto, el artículo 24 de aquella ley estableció: “Los Distritos Municipales son entidades locales de carácter público y con personalidad jurídica, formadas por la agrupación de dos o más municipios. Los Distritos Municipales se denominan Distritos Metropolitanos cuando la agrupación de municipios se realice debido a la conurbación de sus centros poblados capitales y se hayan desarrollado en forma tal que lleguen a constituir una unidad urbana, social y económica con más de 250.000 habitantes”. Se estableció, así, la figura de los distritos como agrupación de municipios, que podían ser urbanos o rurales, distinguiéndose en la ley, por tanto, los distritos metropolitanos (urbanos) de los distritos municipales (rurales). La disposición de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, antes indicada, sin embargo, lamentablemente fue suprimida en la reforma de la Ley Orgánica de 1989, en la cual se redujo la figura de los distritos municipales sólo a los distritos metropolitanos, olvidándose el legislador del carácter mayoritariamente rural de los municipios venezolanos. Este antecedente legislativo de la Ley Orgánica de 1988 es importante destacarlo porque permitía apreciar cómo el legislador, en ejecución de una norma similar de la Constitución de 1961 que se refería a las “demás entidades locales”, estableció la figura de los distritos municipales rurales y de los distritos municipales urbanos (distritos metropolitanos).

34 *Gaceta Oficial* n.º 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

título 170 del texto la “agrupación de dos o más municipios en distritos”, pura y simplemente, sin calificar a dichos distritos de “metropolitanos o rurales”. Consideramos que la intención del constituyente fue establecer la posibilidad de que una de las entidades locales mencionadas en la Constitución fueran los distritos. Sin embargo, en la “revisión” del texto constitucional que se publicó en la *Gaceta Oficial* de marzo de 2000³⁵ apareció agregado a la norma el calificativo de “metropolitanos” para los distritos, lo que, sin duda, es una limitación ilegítimamente introducida en el texto constitucional.

En todo caso, estimamos que la expresión constitucional “demás entidades locales” (art. 169) permite al legislador nacional regular a los distritos municipales en áreas no urbanas o rurales, diferenciados de los distritos metropolitanos que la Constitución regula expresamente para áreas urbanas, pero en forma no excluyente.

– El régimen de los distritos metropolitanos y del Distrito Metropolitano de Caracas

En cuanto a los distritos metropolitanos, el artículo 171 C. dispone que cuando dos o más municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana, pueden organizarse como tales. Sin embargo, cuando los municipios que deseen constituirse en un distrito metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, su creación y organización corresponde a la Asamblea Nacional (art. 172)³⁶. En todos los casos de creación de un distrito metropolitano, es la ley *orgánica* (que en todo caso es nacional) que al efecto se dicte la que debe garantizar el carácter democrático y participativo del gobierno

35 *Gaceta Oficial* n.º 5.453, extra., del 24 de marzo de 2000.

36 Los distritos metropolitanos, en todo caso, como toda organización municipal de áreas metropolitanas, sólo deben establecerse en áreas urbanas. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 1562 del 13 de diciembre de 2000, caso Interpretación de las leyes del Distrito Metropolitano de Caracas, ha sostenido, en este sentido, que “tratándose de distritos metropolitanos [...] uno de los significados de la voz metrópolis, el de ciudad, lo entiende esta Sala por *lo urbano* (de la ciudad), en contraposición a lo rural”, concluyendo, por tanto, que los distritos metropolitanos no pueden tener impuestos territoriales rurales o sobre predios rurales. Sin embargo, a pesar del carácter esencialmente urbano de los distritos metropolitanos, la misma Sala ha señalado que “no es requisito para la creación de estos distritos, la conurbación de sus centros urbanos capitales”, lo que si exigía el artículo 24 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989. Cfr. la sentencia en *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 184 y ss. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 exige para la creación de un distrito metropolitano que las relaciones entre los municipios “den al conjunto urbano las características de un Área Metropolitana” (art. 20), *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005.

metropolitano y establecer sus competencias funcionales, así como el régimen fiscal, financiero y de control.

Ahora bien, la Constitución regula expresamente sólo un distrito metropolitano, y ese es el Distrito Metropolitano de Caracas (art. 18), el cual fue desarrollado por la propia Asamblea Nacional Constituyente al dictar la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas del 8 de marzo de 2000³⁷ (*Cuarta parte*, § 16).

En efecto, respecto de la organización del área metropolitana de Caracas³⁸, la Constitución de 1999 introdujo una reforma que significó un avance sustancial en relación con la Constitución de 1961, más allá del sólo reconocimiento de la existencia de distintas jurisdicciones con competencias en el territorio del Área Metropolitana de Caracas y del establecimiento del principio de coordinación, al regular en su lugar, directamente, la necesidad de establecer un *sistema de gobierno municipal a dos niveles para toda el área integrada por* los municipios Libertador del Distrito Capital y Chacao, Sucre, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, lo que implica no sólo autoridades municipales electas en los dos niveles, sino un sistema de distribución de la *competencia municipal* entre los dos niveles, de manera que el nivel metropolitano ejerza los aspectos metropolitanos (macro) de la competencia municipal y los niveles municipales ejerzan los aspectos locales (micro) de las mismas competencias municipales.

El artículo 1.º de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas establece que se crea “el Distrito Metropolitano de Caracas como unidad político territorial de la ciudad de Caracas”, regulando las bases de su régimen de gobierno, organización, funcionamiento, administración, competencia y recursos, agregando:

El Distrito Metropolitano de Caracas goza de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y la ley, y su representación la ejercerán los órganos que determine la ley.

37 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 36.906 del 8 de marzo de 2000. Cfr. LIZETT FERNÁNDEZ PARRA e ILLIANY MATA PONTE, “Breves comentarios sobre la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 8, Caracas, Edit. Sherwood, 2000, pp. 245 a 265; ALLAN R. BREWER-CARRÍAS, “Consideraciones sobre el régimen constitucional del Distrito Capital y del sistema de gobierno municipal de Caracas”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 5, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, pp. 17 a 39; y *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, abril-junio de 2000, pp. 5 a 17.

38 La C. de 1961, en efecto, sólo establecía que una ley especial *podía coordinar* las distintas jurisdicciones existentes dentro del área metropolitana de Caracas, sin menoscabo de la autonomía municipal (art. 11); ley especial que jamás llegó a sancionarse, a pesar de todas las propuestas que se fueron formulando. En todo caso, la C. de 1961 planteaba, como principio, la necesidad de coordinar las distintas jurisdicciones (nacionales, del Estado Miranda, del Distrito Federal y municipales) que existían en el Área Metropolitana de la Capital.

El sistema de gobierno municipal a dos niveles lo organiza el artículo 3.º de la Ley Especial, así:

1. El Nivel Metropolitano, formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo, cuya jurisdicción comprende la totalidad territorial metropolitana de Caracas;
2. El Nivel municipal formado por un órgano ejecutivo y un órgano legislativo en cada municipio integrante del Distrito Metropolitano de Caracas, con jurisdicción municipal.

En el Distrito Metropolitano de Caracas, por tanto, el gobierno y la administración corresponden al alcalde metropolitano, electo popularmente; y la función legislativa corresponde al Cabildo Metropolitano (art. 4.º), cuyos concejales también son electos popularmente. En el nivel metropolitano, el alcalde metropolitano es la primera autoridad civil, política y administrativa del Distrito Metropolitano de Caracas, así como los alcaldes municipales lo son en cada uno de los municipios que lo integran (art. 8.º)³⁹.

– El Distrito Municipal del Alto Apure

Tal como se estableció en la disposición transitoria tercera, numeral 3 C. de 1999, mediante la Ley Especial que crea al Distrito Municipal del Alto Apure del 16 de noviembre de 2001⁴⁰ se creó dicho Distrito del Alto Apure, que establece un régimen especial para los municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos del Estado Apure, con la finalidad de que sus habitantes y gobernantes asuman la autonomía de gestión de sus respectivos intereses, en el marco de la participación ciudadana y comunitaria; y regular su régimen de gobierno, organización, funcionamiento, administración, competencias y recursos (art. 1.º); definiéndose sus límites territoriales conforme a la Ley de División Territorial de dicho estado (art. 2.º).

Conforme al artículo 3.º de la ley, tanto el Distrito del Alto Apure como los municipios que lo integran “tendrán personalidad jurídica y autonomía de gestión” y un régimen de gobierno distrital y municipal de carácter democrático y participativo, de acuerdo al sistema de distribución de competencias y de

39 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2001, pp. 107 y ss.; ALFREDO DE STEFANO PÉREZ, “Aproximación al estudio del Distrito Metropolitano de Caracas”, en *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. 1, cit., pp. 553 a 592.

40 *Gaceta Oficial* n.º 37.326 del 16 de noviembre de 2001.

orden fiscal, financiero y de control, conforme a la Constitución, ley y demás leyes de la República (art. 4.º).

En cuanto al sistema de gobierno municipal a dos niveles, el distrital y el municipal, el artículo 8.º de la Ley Especial lo organiza de la siguiente manera:

1. El gobierno distrital del Alto Apure estará a cargo de un alcalde Distrital, como órgano ejecutivo, y de un Cabildo Distrital, como órgano legislativo, con jurisdicción en todo el territorio del Distrito del Alto Apure.
2. El gobierno de los municipios integrantes del Distrito del Alto Apure estará a cargo de los alcaldes y concejos municipales, conforme a lo establecido en la Constitución, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y en la Ley Especial con jurisdicción en sus respectivos territorios.

Tanto el alcalde distrital como los concejales distritales integrantes del Cabildo Distrital deben ser electos por votación libre, universal, directa y secreta en la misma oportunidad en que se lleven a cabo las elecciones municipales a nivel nacional (art. 10.º)⁴¹.

f. Las parroquias

Las parroquias también podrían tener personalidad jurídica de derecho público, pero ello debe determinarlo la ley orgánica. En la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989⁴² nada se regulaba al respecto. En cuanto a las disposiciones constitucionales sobre las parroquias, el texto establece que todos los municipios pueden crear parroquias conforme a las condiciones que determine la ley, tanto la nacional como la que se dicte en el estado respectivo. Sin embargo, el artículo 173 precisa que en ningún caso las parroquias deben ser asumidas como divisiones exhaustivas o imperativas del territorio del municipio, es decir, no es obligatorio dividir los municipios en parroquias.

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 ha regulado a las parroquias como demarcaciones dentro del territorio municipal, creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal, promover la participación ciudadana y una mejor prestación de los servicios públicos municipales (art. 30), y ha regulado los supuestos y condiciones para la creación de tales y otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de los

41 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999*, cit., pp. 167 y ss.

42 *Gaceta Oficial* n.º 4.109, extra., del 15 de junio de 1989.

cuales deben disponer, concatenados a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del municipio⁴³ (*Cuarta parte*, § 15).

La creación de las parroquias y otras entidades locales, en todo caso, debe atender a la iniciativa vecinal o comunitaria, con el objeto de promover la desconcentración de la Administración del municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos.

B. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Una de las novedades de la Constitución de 1999 fue la declaración expresa contenida en el artículo 119 de que “el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida”⁴⁴. Dispuso además la Constitución que correspondía “al Ejecutivo nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley”⁴⁵.

Las comunidades indígenas, por tanto, son comunidades políticas aun cuando no estatales, que conforme al artículo 126, en tanto que pueblos indígenas⁴⁶, “forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible”, teniendo el deber “de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional”. La Constitución, además, les reconoce y asegura derechos. Por ejemplo, en cuanto al aprovechamiento de recursos naturales en los territorios indígenas, el artículo 120 dispone que dicho aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitat indígenas por parte del Estado se debe hacer sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos; estando además “sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas”.

43 *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, “Introducción general al régimen del poder público municipal”, en íd. et ál., *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2005, pp. 100 y ss.

44 Ley aprobatoria del Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Ley 41, *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2001.

45 Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas, Ley 14, *Gaceta Oficial* n.º 37.118 del 12 de enero de 2001.

46 De acuerdo con el mismo artículo 126 C., “El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

La Constitución, de otra parte, garantiza a dichas comunidades indígenas el “derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto”, estando obligado el Estado a fomentar “la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones” (art. 121). La Constitución, igualmente, reconoce a los pueblos indígenas el “derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas”, debiendo el Estado reconocer “su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos” (art. 122).

Adicionalmente, la Constitución reconoce a los pueblos indígenas el “derecho a la participación política”, estando obligado el Estado a garantizar “la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley” (art. 125).

C. LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS: LAS IGLESIAS

Dentro de las comunidades públicas, debe mencionarse además el caso de las Iglesias. Como hemos dicho, el Código Civil (art. 19.2) las califica como “cuerpos morales de carácter público”, habiendo tenido tal calificación su origen histórico en un momento de conflicto entre la Iglesia y el Estado, en ejercicio del derecho de Patronato Eclesiástico.

Ahora bien, las “Iglesias de cualquier credo” no han sido creadas por ley ni tienen atribuida por ley prerrogativa alguna del poder público, por lo que no pueden considerarse como producto de la descentralización funcional. Se trata, pura y simplemente, de la atribución a las comunidades religiosas de personalidad jurídica por virtud del propio Código Civil, conforme a los criterios del Patronato Eclesiástico que hasta 1964 ejercía la República sobre la Iglesia católica (art. 130 C. de 1961). Por ello, sin duda, se trata de personas jurídicas, aun cuando calificadas como “personas de carácter público” por razones atípicas, sin que dicha personalidad de derecho público tenga efecto alguno en el mundo del derecho, salvo el reconocimiento de que son sujetos de derecho.

Se debe destacar, además, que el Convenio (*modus vivendi*) suscrito entre el Estado venezolano y la Santa Sede en 1964⁴⁷, también le reconoció a la Iglesia católica la “personalidad de carácter público” (art. 4.º), a pesar de que su normativa materialmente sustituyó al régimen legal del Patronato Eclesiástico

47 *Gaceta Oficial* n.º 27.551 del 24 de septiembre de 1964.

regulado en la vieja Ley de Patronato Eclesiástico de 1824. También se señala en dicho instrumento que “gozan además de personalidad jurídica para los actos de la vida civil las Diócesis, los Capítulos Catedrales, los Seminarios, las Parroquias, las Órdenes, Congregaciones Religiosas y demás institutos de perfección cristiana canónicamente reconocidos” (art. 4.º).

d. las comunidades universitarias: las universidades nacionales y los institutos públicos de educación superior

Las otras comunidades públicas a que hace referencia el Código Civil como personas de carácter público son las universidades (art. 19.2), las cuales conforme a la propia Ley de Universidades de 1970⁴⁸ son “comunidades de intereses espirituales que reúnen a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre” (art. 1.º). Se trata, por tanto, de “entes de origen corporativo”⁴⁹ o comunidades universitarias cuya personalidad jurídica se consagró en el Código Civil en la segunda mitad del siglo XIX cuando sólo existía la Universidad Central de Venezuela.

Sin embargo, en la actualidad dicha personalidad la tienen todas las universidades nacionales, como corporaciones de derecho público⁵⁰, cuyo fin último es la protección de su sustrato personal, constituido por la comunidad universitaria de cada una de ellas. En la actualidad, además, es la propia Ley de Universidades la que dispone que las universidades nacionales gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco nacional (art. 12), personalidad jurídica que adquieren con la publicación en la *Gaceta Oficial* del decreto del Ejecutivo nacional por el cual se crean (art. 8.º).

En todo caso, se trata de personas jurídicas de derecho público de carácter estatal a las cuales, además, la propia Constitución les reconoce su autonomía. En efecto, la jurisprudencia ha establecido que las universidades nacionales son:

Órganos de la Administración Pública nacional, de los que integran la Administración descentralizada, dentro del género denominado personas públicas corporativas, porque lo que las distingue del resto de las personas jurídicas descentralizadas no es tanto su personería jurídica independiente y su patrimonio separado, sino fundamentalmente

48 *Gaceta Oficial* n.º 1429, extra., del 8 de septiembre de 1970.

49 Cfr. p. ej., sentencia 1278 del 27 de octubre de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 300.

50 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de mayo de 1984 *Revista de Derecho Público*, n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 94 a 98. La misma Corte Primera en sentencia del 29 de junio de 2000, caso Marcos Chandler M. vs. Universidad del Zulia, ha insistido en que “las Universidades son entes corporativos pertenecientes a la administración pública nacional, descentralizada funcionalmente, dotados de personalidad jurídica, con patrimonio propio y evidente autonomía, que por tanto poseen la facultad de celebrar contratos de acuerdo a sus necesidades”, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 213.

el sustrato personal que las integra, sin el cual no podrían existir además de su régimen propio autonómico⁵¹.

En cuanto a la autonomía de las universidades nacionales, el artículo 109 C. señala que “el Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, estudiantes y egresados de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación”. La autonomía universitaria se consagra, además, “para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión”, reconociéndose en la Constitución “la inviolabilidad del recinto universitario”⁵².

Esta autonomía implica que las universidades autónomas se dan sus propias normas de gobierno y funcionamiento y adelantan por sí mismas la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. La Ley de Universidades precisa que esta autonomía es organizativa, académica, administrativa, y económica y financiera (art. 9.º), lo que implica ausencia de adscripción y de control de tutela por parte de la Administración central, siendo el único control relativo que se ejerce sobre ellas el que corresponde al Consejo Nacional de Universidades, que preside el ministro de Educación. La autonomía, conforme lo ha establecido la jurisprudencia, en definitiva es un “concepto jurídico político mediante el cual se le otorga al ente dotado de ella de la facultad de darse su propia ley; en otros términos, pueden estos establecimientos crear preceptos obligatorios de derecho objetivo, con un ámbito de validez y aplicación limitadas a los sujetos que se encuentran bajo su autoridad”⁵³.

51 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 28, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, p. 80. Cfr. igualmente, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de julio de 1987, *Revista de Derecho Público*, n.º 31, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1987, pp. 72 y ss.; y Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, sentencia 2220 del 28 de noviembre de 2000, caso Alimentos de Occidente, C. A. (ADOCA) vs. Universidad del Zulia, *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 236.

52 Cfr. en general JOSÉ M. DELGADO-OCANDO “Idea de la universidad autónoma”, *Estudios de derecho público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. 1, cit., pp. 283 a 288; JONATHAN A. GARCÍA NIEVES “La autonomía universitaria: Una noción sui géneris en el ordenamiento jurídico venezolano”, *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. 1, cit., pp. 649 a 664; MARÍA E. LEÓN ÁLVAREZ, “Los mecanismos de control popular de la administración pública: el caso de las universidades nacionales autónomas”, cit., *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, vol. 1, cit., pp. 487 a 496.

53 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 21 de mayo de 1984 y 9 de mayo de 1985, *Revista de Derecho Público*, n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, p. 95, y *Revista de Derecho Público*, n.º 23, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 124 y ss.

En cuanto a la autonomía, sin embargo, la Constitución estableció respecto de las universidades nacionales experimentales que éstas sólo “alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley” (art. 109), lo que en definitiva es un reconocimiento de una autonomía limitada que ya había sido determinada por la jurisprudencia, sin que ello les quitara el carácter de personas de derecho público corporativo⁵⁴.

2. LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

Ahora bien, en particular, en cuanto a las corporaciones públicas, son todas aquellas otras personas jurídicas creadas por ley o en virtud de una disposición expresa del legislador para hacer posible el funcionamiento autónomo y proteger a determinadas corporaciones profesionales o gremiales y normar a corporaciones de orden académico con funciones consultivas, a las cuales, en general, se les transfieren algunas prerrogativas y privilegios del poder público y que no tienen, sin embargo, un ámbito político de acción territorial.

Estas corporaciones públicas se caracterizan por la presencia de un sustrato personal, de una corporación que da a estos entes un carácter diferente al del resto de los entes descentralizados. La naturaleza de los fines que persiguen estos entes, además, exige que los mismos no sólo estén dotados de autonomía administrativa y de gestión patrimonial, sino además de la posibilidad de elegir los titulares de sus órganos administrativos.

Estas personas jurídicas de derecho público que también habíamos denominado como establecimientos públicos (aun cuando corporativos) conforme a la terminología del Código Civil, o como corporaciones públicas conforme a la terminología acogida por la jurisprudencia venezolana⁵⁵, son los colegios profesionales y las academias nacionales, las cuales tienen en común que no están integradas a la organización general del Estado, siendo entonces personas jurídicas no estatales.

A. LOS COLEGIOS O GREMIOS PROFESIONALES

El primer tipo de corporación pública caracterizado por la existencia de un sustrato personal o corporación de intereses de tipo profesional o gremial está

54 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de julio de 87, *Revista de Derecho Público*, n.º 31, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1987, p. 72.

55 Cfr., p. ej., Corte primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 11 de mayo de 1980 y 18 de febrero de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 104 y ss., y *Revista de Derecho Público*, n.º 25, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, p. 85, respectivamente. Cfr. ANTONIO ANGRISANO, “Los establecimientos públicos corporativos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 104 a 107.

constituido por los colegios profesionales, los cuales están dotados de personalidad jurídica de derecho público por virtud de las funciones que realizan de control del ejercicio de una profesión liberal y en virtud de las leyes que los crean o los regulan, en las cuales se ha establecido el principio de la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión respectiva⁵⁶.

Esta materia, en efecto, es de la reserva legal, disponiendo en tal sentido el artículo 105 C. que “La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación”. En consecuencia, los “colegios” profesionales que no se han establecido por ley, sino como asociaciones civiles de profesionales de base contractual, no pueden calificarse como personas jurídicas de derecho público corporativas, ni sus actos constituyen actos administrativos⁵⁷.

En la actualidad existen colegios profesionales creados por ley, como establecimientos públicos corporativos, en relación con el ejercicio de las siguientes profesiones: Farmacia, Ingeniería, Arquitectura y profesiones afines, Abogacía, Medicina Veterinaria, Odontología, Economía, Periodismo, Bioanálisis, Contaduría Pública, Psicología, Medicina, Administración, de Bombero, Sociología y Antropología, y Nutrición y Dietética⁵⁸.

56 Cfr. en general, ANNAKARINNA FRÍAS TOVAR, “Clasificación de los colegios profesionales como personas jurídicas de derecho público”, *Revista de Derecho Público*, n.º 67 y 68, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1996, pp. 70 a 79.

57 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 1993, caso Colegio Nacional de Técnicos Radiólogos, *Revista de Derecho Público*, n.º 55 y 56, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993, pp. 208 a 209.

58 Cfr. Ley de Ejercicio de la Farmacia del 27 de junio de 1928, *Gaceta Oficial* n.º 16.551 del 7 de julio de 1928; Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines, Decreto 444 del 24 de noviembre de 1958, *Gaceta Oficial* n.º 25.822 del 26 de noviembre de 1958; Ley de Abogados del 16 de diciembre de 1966, *Gaceta Oficial* n.º 1.081, extra., del 23 de enero de 1967; Ley de Ejercicio de la Medicina Veterinaria del 19 de septiembre de 1968, *Gaceta Oficial* n.º 28.737 del 24 de septiembre de 1968; Ley de Ejercicio de la Odontología del 10 de agosto de 1970, *Gaceta Oficial* n.º 29.288 del 10 de agosto de 1970; Ley de Ejercicio de la Profesión de Economistas del 15 de diciembre de 1971, *Gaceta Oficial* n.º 29.687 del 15 de diciembre de 1971; Ley de Ejercicio del Periodismo, *Gaceta Oficial* n.º 4.883, extra., del 31 de marzo de 1995; Ley de Ejercicio del Bioanálisis, *Gaceta Oficial* n.º 30.160 del 23 de julio de 1973; Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, *Gaceta Oficial* n.º 30.273 del 5 de diciembre de 1973; Ley de Colegiación Farmacéutica del 27 de enero de 1978, *Gaceta Oficial* n.º 2.146, extra., del 28 de enero de 1978; Ley de Ejercicio de la Psicología del 4 de septiembre de 1978, *Gaceta Oficial* n.º 2.306, extra., del 11 de septiembre de 1978; Ley de Ejercicio de la Medicina del 19 de agosto de 1982, *Gaceta Oficial* n.º 3.002, extra., del 23 de agosto de 1982; Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración del 17 de agosto de 1982, *Gaceta Oficial* n.º 3.004, extra., del 26 de agosto de 1982; Ley de los cuerpos de bomberos y administración de emergencias de carácter civil, *Gaceta Oficial* n.º 5561, extra., del 28 de noviembre de 2001; Ley del Ejercicio Profesional de la Sociología y la Antropología, *Gaceta Oficial* n.º 5.239, extra., del 23 de junio de 1998; Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Nutrición y Dietética, *Gaceta Oficial* n.º 36.526 del 27 de agosto de 1998.

Los colegios profesionales, por tanto, son el ejemplo más acabado del llamado “establecimiento público corporativo”⁵⁹, los cuales a pesar de no ser personas estatales⁶⁰ y no estar sometidos a control de tutela por parte de los órganos de la Administración Pública, por las funciones que realizan de protección y vigilancia del ejercicio de profesiones liberales, dentro de la esfera de su competencia, dictan actos administrativos⁶¹ y disfrutan de facultades contributivas con respecto a sus miembros, lo que les confiere una total independencia financiera frente al Estado, y gozan además de autonomía plena, incluso para la libre elección de sus autoridades, autonomía que, sin embargo, ha sido limitada en la Constitución de 1999.

En efecto, la Constitución de 1999, a pesar de toda la fraseología participativa que contiene, es un texto intervencionista y limitativo respecto de la sociedad civil, lo que entre otros aspectos resulta de la limitación que contiene respecto de la autonomía de los colegios profesionales, en cuanto a la libertad de elección de sus propias autoridades que debería resultar de su autonomía y por el carácter de corporaciones de derecho público no estatales que tienen. El artículo 293.6 C. creó el poder electoral como una de las ramas del poder público, atribuyéndole competencia para “la organización de las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos”, y en general la misión de garantizar “la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales” (art. 293), como lo ha señalado la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 10 de mayo de 2000 (caso Colegio de Ingenieros de Venezuela):

[N]o sólo los celebrados para la elección de los cargos públicos sino de todos aquellos que se celebren en organizaciones que sean la expresión de la voluntad popular como un mecanismo destinado a garantizar el ejercicio de los derechos políticos y en general la participación protagónica de los ciudadanos mediante diversas modalidades especificadas en el artículo 70 de la Ley Fundamental.

De ello, la misma Sala Electoral dedujo:

59 La terminología de “establecimiento público corporativo” ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia: cfr. las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 11 de mayo de 1980 y 1.º de junio de 1982, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 104 y ss.; y *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, p. 106, respectivamente.

60 Como lo ha señalado la Sala Electoral del Tribunal Supremo en sentencia 43 del 10 de mayo de 2000, caso Óscar Mora E. vs. Colegio de Ingenieros de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 224.

61 La jurisprudencia de la Corte Primera ha sido reiterativa en someter al control contencioso administrativo los actos dictados por los colegios profesionales.

La creación del poder electoral no sólo tiene justificación por la atribución que le ha sido conferida de controlar y garantizar la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos electorales para la elección de los cargos públicos, aun cuando ello constituye gran parte de sus funciones, sino que, además, su creación se justifica en la medida que se le ha atribuido competencia para la organización de los procesos electorales de agrupaciones de la sociedad, destinados a la elección de cargos de representación popular, pues se ha reconocido irrestrictamente a la sociedad civil la posibilidad de asociarse y constituirse a través de distintas formas que aseguren la participación ciudadana de una forma organizada, como espacios creados para la defensa de intereses a veces no solo de sus miembros sino también de la comunidad, constituyéndose en expresión de un sistema asociativo que procura la realización de un objetivo común, en cuya organización se prevé la elección de autoridades que rigen los destinos de tales asociaciones y en el que el Estado como interesado debe garantizar el respeto de la manifestación de voluntad de sus integrantes, como máxima expresión del sistema democrático.

En la misma sentencia, la Sala Electoral de la Corte Suprema reconoció que los colegios profesionales, como el Colegio de Ingenieros de Venezuela, “no forman parte de la estructura del Estado (y) son considerados en la actualidad como “personas públicas no estatales”, cuyo régimen y organización se caracteriza por el carácter público que poseen, derivado del número de participantes que las integran y los objetivos y fines que cumplen dentro de la sociedad, y sobre todo, en el caso venezolano, porque así lo dispone una ley formal (artículo 21 Ley del Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines)”. Pero la Sala dedujo de ese “carácter público” de las mismas que ello:

[S]upone un interés particular en su funcionamiento por parte del Estado que lo obliga a intervenir de forma directa y decisiva en la determinación de los procesos electorarios que las mismas ejecuten, que deben sujetarse estrictamente a los mecanismos de consulta democrática y participativa que la nueva Constitución propugna para todas las instituciones, de cualquier tipo que ellas sean.

De tal manera que el sustrato público que estas entidades abrigan hace posible que al momento de elegir a sus autoridades a través de procesos electorarios, el poder electoral intervenga salvaguardando la manifestación de voluntad expresada por sus miembros a través del voto, en la medida que éste garantice la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los comicios que celebren, en ejercicio de una función constitucional que le ha sido atribuida en forma expresa⁶².

62 Cfr. Sala Electoral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 43 del 10 de mayo de 2000, exp. 0043, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 224 y ss.

En definitiva, a pesar de tratarse de personas jurídicas de derecho público, manifestación incluso de la descentralización funcional del Estado, los colegios profesionales no son personas jurídicas estatales, pues no forman parte de la organización general del Estado⁶³.

B. LAS ACADEMIAS NACIONALES

Las academias nacionales también las hemos considerado como personas jurídicas de derecho público no territorial de carácter corporativo, es decir, como corporaciones públicas⁶⁴.

Las academias nacionales son siete: la Academia Venezolana de la Lengua, correspondiente de la Real Academia Española, creada por decreto de 1883⁶⁵; la Academia Nacional de la Historia, creada por decreto de 1888⁶⁶; la Academia Nacional de Medicina, creada por ley de 1904⁶⁷; la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, creada por ley de 1915⁶⁸; la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales, creada por ley de 1917⁶⁹; la Academia Nacional de Ciencias Económicas, creada por ley de 1983⁷⁰, y la Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, creada por ley de 1998⁷¹.

Por supuesto, sólo en las leyes de creación de las dos últimas, de 1983 y 1998, fue que se especificó que se trataba de “corporaciones de carácter público, con personalidad jurídica, patrimonio distinto del Fisco nacional, autonomía académica, organizativa y económica”; pero la ausencia de indicación expresa de

63 En ese sentido es que se podría decir que, p. ej., los colegios de abogados son “entes corporativos de la administración pública descentralizada”, cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de mayo de 2000, *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 207.

64 Esta calificación la establecimos por primera vez en la comunicación n.º 1165 del 19 de noviembre de 1971 dirigida al presidente del Banco Central de Venezuela, en la cual tratamos sobre la naturaleza jurídica de dicha entidad. Cfr. en *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, t. I, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 611 y ss. La calificación ha sido acogida, en forma pacífica, por la doctrina: cfr., en general, la opinión de los académicos JESÚS LEOPOLDO SÁNCHEZ, TITO GUTIÉRREZ ALFARO, ELOY LARES MARTÍNEZ, LUIS FELIPE URBANEJA y RENÉ DE SOLA, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 72 y 73, Caracas, 1978, pp. 19 y ss.; y EUGENIO HERNÁNDEZ BRETÓN, “La personalidad jurídica de las Academias”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 97 y 98, Caracas, 1989, pp. 125 y ss.

65 *Compilación legislativa*, t. II, Caracas Edit. Andrés Bello, 1952, sección VII-6.

66 *Ibid.*, Sección VII-5.

67 Regulada por ley de 1941, *Gaceta Oficial* n.º 20.557 del 5 de agosto de 1941.

68 Regulada por ley de 1924, *Gaceta Oficial* n.º 15361 del 13 de agosto de 1924.

69 *Gaceta Oficial* n.º 13181 del 27 de junio de 1917.

70 *Gaceta Oficial* n.º 32798 del 24 de agosto de 1983.

71 *Gaceta Oficial* n.º 5263, extra., del 17 de septiembre de 1998.

tal circunstancia en relación con las academias creadas durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX no puede conducir a negarle la personalidad jurídica a las mismas, y menos aun cuando el Código Civil desde el siglo XIX entre las personas jurídicas se refiere a “los demás cuerpos morales de carácter público” (art.19.2).

No tenemos duda sobre la personalidad jurídica de las academias y sobre su autonomía, lo que hace que sus miembros se elijan por cooptación; así como sobre su carácter de personas jurídicas no estatales, las cuales, por tanto, no están sometidas a control alguno de tutela por parte de los órganos de la Administración Pública central. Si bien cumplen funciones consultivas en relación con la Administración Pública, sin que las consultas tengan ni carácter obligatorio ni vinculante, ello no puede conducir a considerarlas como meras dependencias jerárquicas de la Administración Pública nacional⁷², lo cual no tendría fundamento alguno.

3. LAS ASOCIACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Los establecimientos asociativos de derecho público en la actualidad, son las personas jurídicas de derecho público que se crean en virtud de un contrato de asociación entre las comunidades políticas (personas de derecho público político territoriales), siendo la figura más característica las mancomunidades entre municipios. Además, existen otras asociaciones entre comunidades políticas que pueden dar origen a personas jurídicas mancomunadas.

a. las mancomunidades

En efecto, el artículo 170 C. dispone que “[l]os municipios podrán asociarse en mancomunidades o acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia”.

Ello implica que mediante un convenio o asociación entre dos o más municipios, estos pueden atribuir a un nuevo ente público una mancomunidad, para que ésta, en común, ejerza o gerencie materias de la competencia muni-

72 Según la opinión de GONZALO PÉREZ LUCIANI, la cual no compartimos, las academias nacionales no serían personas jurídicas, sino sólo “órganos de la Administración Pública venezolana” u “órganos administrativos del Estado”, en particular, de la “administración consultiva”; en definitiva, “órganos colegiados” que se integran en “la organización administrativa central”. Cfr. “Las academias venezolanas. Su naturaleza jurídica”, en *Estudios de derecho civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Caracas, 2002, pp. 102 a 103.

cial definidas en el artículo 178 C. y en los artículos 40 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005. En esta se dispone que las mancomunidades son “figuras asociativas constituidas en forma voluntaria por dos o más municipios para la gestión de materias específicas de su competencia” (art. 40), y se crean “cuando se asocien dos o más municipios, colindantes o no, de la misma o de diversas entidades federales” (art. 41).

La mancomunidad, por ello, necesariamente goza de personalidad jurídica (art. 44) la cual, sin duda, es de derecho público, pues la voluntad de cada municipio para constituir la se manifiesta por ley local, es decir, por ordenanza, la cual confiere al ente prerrogativas del poder público municipal (*Cuarta parte*, § 15).

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal del 2005⁷³, en su artículo 42, precisa que la creación de una mancomunidad requiere de la aprobación del acuerdo respectivo por las entidades que concurran a su formación; el cual contendrá el estatuto que la regirá; acuerdo que, entre otros aspectos, debe precisar la personalidad jurídica propia de la mancomunidad, de manera que no comprometa a los municipios que la integran más allá de los límites señalados en los estatutos respectivos (art. 44).

b. las personas asociativas intergubernamentales

La Constitución ha ampliado el ámbito de las asociaciones entre personas de derecho público territoriales (comunidades políticas) para la creación de personas asociativas de derecho público. El mismo artículo 170 C., en efecto, en cuanto a los municipios, dispone que estos pueden acordar con los demás entes públicos territoriales la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia. Es decir, conforme a esta norma, que repite el artículo 46 de la Ley Orgánica del poder municipal, los municipios y los estados y/o la República pueden celebrar contratos de asociación para la constitución de personas de derecho público, por ejemplo, para la prestación de determinados servicios públicos⁷⁴.

En el mismo sentido, el Reglamento Parcial 3.º de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público sobre el Consejo Territorial de Gobierno y el Fondo Intergubernamen-

73 *Gaceta Oficial* 38.204 del 8 de junio de 2005.

74 Cfr. JOSÉ L. VILLEGAS MORENO “El consorcio administrativo en el ámbito local venezolano: Aproximación a una descentralización cooperativa en el área de los servicios públicos domiciliarios”, *Temas de derecho administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 1021 a 1037.

tal para la Descentralización⁷⁵ establecía expresamente que los órganos de la Administración Pública nacional (la República) podían celebrar convenios de colaboración con los estados, y estos entre sí (art. 14), agregando que “Cuando para la adecuada gestión del objeto de un convenio de colaboración sea necesaria la creación de una entidad con personalidad jurídica, ésta podrá ser creada con la forma de corporación asociativa de carácter público, siguiendo las formalidades establecidas en el artículo 19 C.C.” (art. 17). Consideramos que estas personas jurídicas que derivan de un contrato de asociación suscrito exclusivamente entre personas jurídicas político territoriales, deben ser consideradas como cuerpos morales de carácter público conforme a la mención del artículo 19.2 C.C.; antes que “asociaciones de carácter privado” conforme al artículo 19.3 C.C. Por más forma asociativa de derecho privado que puedan tener esas entidades, en nuestro criterio no pueden en forma alguna ser considerada como de carácter privado, a pesar de que se las constituya como asociaciones inscritas en el registro público, dado que son las comunidades políticas las que las constituyen para el cumplimiento de fines comunes.

4. LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO: ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS INSTITUCIONALES O FUNDACIONALES

En el ordenamiento jurídico constitucional pueden distinguirse dos tipos de personas jurídicas de derecho público de base o sustrato patrimonial, también denominados establecimientos públicos institucionales o fundacionales: por una parte, los institutos autónomos regulados en el artículo 142 C.; y por la otra, el Banco Central de Venezuela, como institución con personalidad de derecho público de carácter único, la cual a partir de la Carta de 1999 adquirió rango constitucional (arts. 318 y ss.).

A. LOS INSTITUTOS AUTÓNOMOS

Los institutos autónomos⁷⁶, en estricto derecho, son “fundaciones públicas”, es decir, instituciones creadas por ley por una persona jurídica de derecho público territorial mediante la afectación de un activo que forma parte del patrimonio público, para la consecución de un fin de carácter público. Son “instrumen-

75 *Gaceta Oficial* n.º 35.273 del 12 de agosto de 1993.

76 Cfr. JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Los institutos autónomos*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986.

tos del Estado para el cumplimiento de sus fines”⁷⁷, o como los ha definido la jurisprudencia: “constituyen entidades no territoriales, que forman parte de la Administración descentralizada, y a los cuales podríamos definir como aquellos organismos creados por el Estado, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es cumplir la gestión de un servicio público administrativo, industrial o comercial, creados por ley de conformidad con lo establecido en la Constitución”⁷⁸.

En otras palabras, los institutos autónomos son personas jurídicas de derecho público creadas por ley, mediante la descentralización de una parte del patrimonio público y de competencias legales, por parte de una persona de derecho público político territorial, y la atribución a las mismas, además, de prerrogativas del poder público, y que por ello quedan sometidas al control de tutela del respectivo órgano ejecutivo y al control político del respectivo órgano legislativo (*Tercera parte*, § 10).

Se trata, en definitiva, de una forma de ruptura del principio hacendístico de la unidad del Tesoro, que puede producirse en los tres niveles de descentralización política: nacional, estatal y municipal, y que a nivel nacional, conforme a la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional⁷⁹, se estableció desde los años veinte con la previsión de la figura de los “institutos y establecimientos oficiales autónomos” (arts. 70 y ss.).

Esta institución, además, se reguló expresamente en la Constitución de 1961, en el título relativo a la Hacienda Pública Nacional, en cuyo artículo 230 se dispuso que “solo por ley y en conformidad con la Ley Orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos”, con lo cual se puso término al régimen precedente conforme al cual los institutos autónomos podían crearse por decreto ejecutivo. Esta misma orientación es la que se siguió en la Constitución de 1999, en cuyo artículo 142 se exige que “los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley”, agregándose el principio del control público, al prescribirse que “tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado en la forma que establezca la ley”.

La norma del artículo 142 C., por otra parte, se encuentra dentro de las normas que se refieren a la Administración Pública y que están ubicadas entre

77 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de junio de 1981, *Revista de Derecho Público*, n.º 7, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981, pp. 143 y 144.

78 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de mayo de 1984, *Revista de Derecho Público*, n.º 19, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, p. 95.

79 *Gaceta Oficial* n.º 1.660, extra., del 21 de junio de 1974.

las disposiciones fundamentales relativas al poder público, lo que implica que estos entes descentralizados o establecimientos públicos institucionales no sólo pueden existir a nivel nacional, sino también en los niveles territoriales inferiores. Es decir, por tratarse de una forma de descentralización funcional, todos los niveles de descentralización política (nacional, estatal, municipal) pueden establecer institutos autónomos⁸⁰, pero con la aplicación de los principios del artículo 142 C. conforme a la previsión expresa del artículo 233 *ibídem*, es decir que los institutos autónomos de los estados se deben crear por ley de los consejos legislativos y que los institutos autónomos municipales se deben crear por ordenanza de los concejos municipales, y que, además, esos entes legislativos, los consejos legislativos y los concejos municipales deben ejercer el control sobre los mencionados institutos autónomos.

Esta exigencia constitucional la reafirma la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001⁸¹, al disponer que la creación de los institutos autónomos sólo pueda realizarse mediante ley, a cuyo efecto el artículo 96 LOAP dispone que la ley nacional, estatal u ordenanza que cree un instituto autónomo debe contener:

1. El señalamiento preciso de su finalidad, competencias y actividades a su cargo.
2. La descripción de la integración de su patrimonio y de sus fuentes ordinarias de ingresos.
3. Su estructura organizativa interna a nivel superior, con indicación de sus unidades administrativas y señalamiento de su jerarquía y atribuciones.
4. Los mecanismos particulares de control de tutela que ejercerá el órgano de adscripción.

Los institutos autónomos han sido regulados por primera vez en el ordenamiento, y dejando de lado las viejas normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública nacional, en la referida Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, la cual los define como personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica, dotadas de patrimonio propio e indepen-

80 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública", en ALLAN R. BREWER-CARIAS y RAFAEL CHAVERO G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 62 y ss.

81 *Gaceta Oficial* n.º 37.305 del 17 de octubre de 2002.

dientes de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que las cree (art. 95).

En la materia, por tanto, rige el principio de la reserva legal para los actos jurídicos fundacionales públicos, por lo que a nivel nacional la separación de parte del patrimonio público de la masa general del Tesoro para afectarlo a un fin público específico que se le transfiere, mediante un acto de descentralización que implica además la atribución de personalidad jurídica, solo puede hacerse mediante ley formal del Congreso de la República (art. 142). Esta reserva legal implica también, por supuesto, que los institutos autónomos sólo pueden ser suprimidos por ley especial, la cual debe establecer las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo ejecutivo nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación (art. 99).

La Ley Orgánica de la Administración Pública, además y con carácter general, dispone que los institutos autónomos gozan de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios (art. 97). No se estableció, entonces, que la ley de creación determinaría los privilegios y prerrogativas de los cuales gozaría cada instituto autónomo, sino que la Ley Orgánica directamente se los otorgó.

Ahora bien, la atribución de personalidad jurídica a un patrimonio público para el cumplimiento de un fin público mediante la asignación al nuevo ente de poderes y prerrogativas implica la voluntad de dotarlo de cierta autonomía para el manejo patrimonial del ente respecto de las normas que normalmente rigen la Administración central. Sin embargo, la autonomía administrativa y de gestión no excluye el control por parte de los órganos de la Administración central respectiva, el cual siempre debe estar presente conforme al artículo 142 C., y que en relación con los institutos autónomos se denomina control de tutela. En otras palabras, siendo el instituto autónomo una forma de descentralización administrativa, el nuevo ente siempre debe permanecer sometido al control de tutela de los órganos ejecutivos, a los cuales en definitiva corresponde la administración de la Hacienda Pública. Estos, incluso, pueden decretar la intervención de los institutos autónomos (art. 123).

Por ello, los institutos autónomos siempre son personas jurídicas estatales, en el sentido de que a pesar de su autonomía son parte de la organización general del Estado, como Administración descentralizada, por lo que la actividad de los mismos está sujeta a los principios y bases establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública y a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 98). Por ello no podría crearse un instituto

autónomo por ley, y establecerse en dicha ley que, a pesar de tratarse de una persona de derecho público estatal integrada a la organización general del Estado como formando la Administración Pública descentralizada, sin embargo, por ejemplo, sea sometido al sólo control de tutela del órgano legislativo y no del órgano ejecutivo.

Se trata, por tanto, siempre, de personas de derecho público estatales, pues están integradas a la organización general del Estado como integrando la Administración Pública descentralizada. A ese efecto, todo instituto autónomo tiene que estar adscrito a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente, y en ningún caso puede quedar adscrito al despacho del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, del gobernador o del alcalde (art. 116)⁸². En el ámbito nacional, en todo caso, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la adscripción de los institutos autónomos a los órganos de la Administración Pública central nacional (art. 115). En relación con los establecimientos públicos institucionales, por tanto, la adscripción formal a un ministerio es un dato que contribuye a precisar su carácter de instituto autónomo, como ahora ocurre con el Banco Industrial de Venezuela que está formalmente adscrito al Ministerio de Finanzas (art. 3.5 Ley de Adscripción).

Por otra parte, los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los entes descentralizados funcionalmente que les estén adscritos, conforme al artículo 117 de la Ley Orgánica deben definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto deben formular las directivas generales que sean necesarias; ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control; evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda; informar trimestralmente al organismo u órgano, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes; y proponer al Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente les estén adscritas.

82 Cfr. p. ej., la Ley de adscripción de institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado a los órganos de la Administración Pública, dictada apenas fue sancionada la Ley Orgánica de la Administración Pública, por Decreto Ley 1.512 del 2 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* n.º 5.556, extra., del 13 de noviembre de 2001.

Debe señalarse, por último, que los institutos autónomos no pueden identificarse en razón de sus fines específicos, pues aunque siempre son fines de interés público y general, varían comúnmente entre sí. En efecto, existen institutos autónomos que realizan actividades industriales y comerciales; otros, en cambio, tienen asignada la prestación servicios públicos o la realización de tareas de investigación, de ejecución de obras, de desarrollo social, de fomento a la educación y la cultura, de desarrollo regional, de financiamiento y promoción de la actividad económica privada, y de numerosas funciones de la más diversa índole. Incluso, hay institutos autónomos que son servicios administrativos personificados, como la Superintendencia de Bancos regulada en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras⁸³ para controlar la actividad bancaria, y la Comisión Nacional de Valores creada por la Ley de Mercado de Capitales⁸⁴, también para el control de dicho mercado.

Por otra parte, históricamente se crearon establecimientos públicos institucionales con forma de sociedad anónima, como sucedió con el Banco Industrial de Venezuela, el antiguo Banco de Desarrollo Agropecuario y el desaparecido Banco de los Trabajadores. La característica primordial de estos establecimientos radicaba en que siendo personas jurídicas de derecho público creadas por ley, se constituyeron bajo la forma de sociedades por acciones para, en principio, permitir la participación de capital privado en su capital. Se diferencian de las empresas del Estado en que éstas son personas jurídicas constituidas totalmente conforme a un régimen de derecho privado, de acuerdo al Código de Comercio, por lo que no pueden, por su acta de creación, ser titulares de prerrogativas del poder público. Por otra parte, esta categoría de establecimientos públicos se diferencia de los clásicos institutos autónomos en que éstos se establecían con un aporte fundacional totalmente público, en el cual no se aceptaba la participación del capital privado en su funcionamiento

El único de estos institutos que sobrevive es el Banco Industrial de Venezuela creado por Ley de 1937 con forma jurídica de sociedad anónima y que originalmente permitía la participación de particulares en su capital. Ello nos llevó a calificarlos como “establecimientos o corporaciones públicas asociativas”, pero dada la participación exclusivamente pública en su capital, particularmente después de la reforma de la Ley de 1975, dicha institución se

83 Ley general de bancos y otras instituciones financieras, Decreto Ley 1.526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555 Extra. del 13 de noviembre de 2001.

84 Ley de Mercado de Capitales del 22 de octubre de 1998, *Gaceta Oficial* n.º 36.565 del 22 de octubre de 1998.

puede asimilar perfectamente a la figura de los institutos autónomos⁸⁵, estando adscrito, además, como todos los institutos autónomos, como antes se dijo, al Ministerio de Finanzas.

Debe también mencionarse que la terminología que se ha utilizado históricamente para designar a los institutos autónomos ha sido sumamente variada: institutos, administración, bancos, círculos, cajas, consejos, patronatos, corporaciones, fondos, todo lo cual en determinados casos ha inducido a confusión sobre la naturaleza de estos entes descentralizados. Sin embargo, es evidente que para la identificación de los institutos autónomos o para desechar tal carácter no basta atenerse a la denominación que se pueda haber dado al ente respectivo. Ello quedó claro de la sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia 222 del 15 de julio de 1992 (caso Fundación Yohama-Arquímedes Fajardo), en la cual se hizo el siguiente razonamiento para identificar como un instituto autónomo municipal a un ente que había sido creado por ordenanza como una fundación:

Es lo cierto que los entes descentralizados nacionales, estatales o municipales, pueden ser creados de conformidad con normas de derecho público o de acuerdo con las reglas del derecho común. Así, la previsión constitucional que establece reserva legal en esa materia, sólo por ley pueden crearse los institutos autónomos (art. 230).

De otra parte, sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles, formas jurídicas propias del derecho privado que se han estimado convenientes para arbitrar determinados cometidos estatales, son creadas en la mayoría de los casos, conforme a las normas del derecho común, de acuerdo con su naturaleza.

Para esta Sala es concluyente, que la norma de creación del ente público descentralizado va a determinar si se han asumido formas típicas del derecho público o del derecho privado y como consecuencia de ello variaría el régimen jurídico aplicable.

Conviene sin embargo, destacar que la naturaleza del ente no puede determinarse con base solamente a la denominación y carácter que pretenda atribuirle el ente creador. En efecto, para identificar la naturaleza del ente, se hace necesario en la mayoría de los casos, realizar un examen que trasciende la sola consideración del nombre utilizado, siendo necesario atender a diversos criterios que lo revelen. Entre los criterios se encuentra, entre otros, la participación –directa o indirecta– de la entidad territorial en su patrimonio, la asignación de objetivos propios de la administración estatal, los

85 En consecuencia, consideramos que debe abandonarse su ubicación dentro de los “establecimientos públicos asociativos” donde se lo había ubicado cuando todavía podía participar el capital privado en el capital de la sociedad. En la misma categoría se ubicó en su momento al Banco de Desarrollo Agropecuario y al Banco de los Trabajadores, los cuales desde hace años están en liquidación.

mecanismos para otorgarle los recursos y en fin, cualquier otra circunstancia reveladora de una participación estatal decisiva en la dirección del ente en cuestión.

Estima esta Sala que el acto de creación tiene particular importancia y en ocasiones puede incluso hacer innecesaria la búsqueda de criterios auxiliares. Ello ocurre, cuando el acto de creación es el propio del derecho público, como acontece cuando se acude a un acto jurídico de rango legal para crear una persona jurídica y en ese mismo texto se la dota, de patrimonio propio distinto y separado del fisco nacional, estatal o municipal según sea el caso; todo lo cual es determinante de su naturaleza pública.

Por el contrario cuando se da origen al ente, prevaleciendo de formas propias del derecho común, y obviando que su nacimiento sea la consecuencia del acto legislativo, se estaría en presencia entre otras, de fundaciones, sociedades civiles o mercantiles. Estas, no obstante que su procedimiento de creación concierne al derecho común y que su régimen principalmente obedecerá a ese ordenamiento jurídico, pueden ser consideradas personas jurídicas de derecho público si fueran creadas por ley y así expresamente queda consagrado.

El artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señala que “Las fundaciones municipales son universalidades de bienes creadas por el municipio, sólo o conjuntamente con otras entidades locales con personalidad jurídica con fines culturales, sociales o benéficos y en cuyo patrimonio el municipio haya incorporado bienes en proporción mayor al cincuenta por ciento (50%)”.

La disposición transcrita no hace mención respecto del instrumento por cuyo intermedio ha de crearse la fundación municipal como tampoco ocurre cuando se refiere a las asociaciones civiles y las empresas municipales por lo que en principio tales personas jurídicas han de ser creadas cumpliendo las formalidades exigidas por el derecho común, vale decir y en concreto para el caso de las fundaciones atendiendo a las disposiciones contenidas en el artículo 19, ordinal 3.º del Código Civil, de igual manera que tendrían que cumplirse los trámites que la legislación mercantil exige para el caso de que la voluntad sea la de constituir sociedades de comercio.

Se ha creado mediante una Ordenanza municipal -ley material- la referida fundación “Yohama” el 22 de abril de 1991, fecha de publicación en la *Gaceta Municipal* del municipio Sucre, en su edición extraordinaria n.º 26 y se ha indicado en el artículo 5.º de la Ordenanza por cuyo intermedio se le crea que “es una persona jurídica de derecho privado que tendría su patrimonio propio e independiente del patrimonio de la Municipalidad”. Con vista a ello se ha alegado ante esta Sala que siendo que la referida fundación es -por suerte de su acto de creación- persona jurídica de derecho privado y que en su patrimonio no se han incorporado bienes en una proporción superior al cincuenta por ciento, ella no se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, porcentaje exigido por el artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para que pueda ser considerada como una Fundación municipal. Tal argumentación

presupone que la persona jurídica sea verdaderamente una fundación; y que el cargo desempeñado por el alcalde no lo sea en una fundación del municipio.

Considera esta Sala, que con prescindencia de la denominación “Fundación” el ente creado por la Ordenanza dictada el 22 de abril de 1991 por el Concejo del municipio Autónomo Sucre del Estado Mérida tiene su origen en una ley local. Por otra parte en la Ley que crea la Fundación Yohama dice: “Artículo 16. El patrimonio de la Fundación Yohama estará integrado por los aportes que le hicieren el Concejo municipal o cualquier otro organismo público o privado, por las donaciones que recibiere y por los ingresos que resultaren de sus propias actividades en función de los espectáculos presentados en el período ferial”.

Así mismo, la Ordenanza otorga a la “Fundación competencia para otorgar autorizaciones, imponer multas (arts. 21 a 25). Visto lo anterior, la Sala estima que no puede considerársele a la llamada Fundación Yohama como una persona jurídica de derecho privado, e incluso habida cuenta de la ausencia de sustrato personal podría estimarse que su naturaleza se corresponde a la del instituto autónomo municipal⁸⁶.

B. EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

El Banco Central de Venezuela, desde su creación ha sido una institución atípica, y lo continúa siendo, particularmente después de sancionada la Constitución de 1999, cuyas normas la han constitucionalizado, consagrando su personalidad jurídica de derecho público y autonomía. En tal sentido, el artículo 318 dispone que “el Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia”, el cual debe ejercer “sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación”.

Se trata ahora de un establecimiento público institucional (pero distinto a los institutos autónomos) con autonomía funcional garantizada en la propia Constitución, la cual le asigna el ejercicio exclusivo y obligatorio de las competencias monetarias que corresponden al poder nacional (art. 318), con el objetivo fundamental de lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La misma norma dispone que el Banco Central de Venezuela tiene entre sus funciones las de “formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley”. Por ello, el artículo 1.º de la Ley

86 Sentencia de la Antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, *Revista de Derecho Público*, n.º 51, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992, pp. 93 y ss.

del Banco Central de Venezuela define a esta institución como “una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del poder público nacional”⁸⁷.

Ahora bien, en la ley de creación del Banco Central de Venezuela de 1939 se le dio la forma jurídica de compañía anónima, admitiéndose la participación privada en la constitución de su capital pero sin que se pudiera aceptar un número de acciones privadas que representara más del 50 % de su capital social. Con motivo de la impugnación por inconstitucionalidad de dicha ley, basada precisamente en el hecho de que se atribuía la potestad emisora de billetes y de acuñación de monedas a una “compañía privada”, la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Político Administrativa, en sentencia del 20 de diciembre de 1940, decidió que en realidad el Banco “no era un instituto particular o privado” sino un ente público⁸⁸; y así se consideró siempre a pesar de su forma societaria, la cual se desdibujó definitivamente con la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela de 1974, en la cual no sólo se lo calificó como “persona jurídica pública con forma de compañía anónima” (art. 1.º), sino que se eliminó toda posibilidad de participación privada en la constitución de su capital, el cual fue nacionalizado completamente (art. 8.º)⁸⁹. Posteriormente, en la reforma de la ley de 2002 definitivamente se calificó al Banco como una persona jurídica de derecho público de carácter único, como en efecto lo es⁹⁰, sobre todo después de la reforma constitucional de 1999.

Fue la forma de sociedad anónima que desde su origen sin embargo ha tenido el Banco Central de Venezuela y, además, su régimen de autonomía y el hecho de que hasta 1974 los particulares pudieran participar en su capital, lo que nos llevó no sólo a diferenciar dicha institución de los institutos autónomos tradicionales, sino a calificarlo como un establecimiento público asociativo⁹¹, lo que en la actualidad no se justifica. Se trata de un establecimiento público institucional, con forma de sociedad anónima, que tiene a su cargo funciones

87 Ley del Banco Central de Venezuela, *Gaceta Oficial* n.º 38.232, extra., del 20 de julio de 2005.

88 Cfr. las referencias en M. R. EGAÑA, *Documentos relacionados con la creación del Banco Central de Venezuela*, t. III, Caracas, 1980, pp. 26 y ss.

89 Ley del Banco Central de Venezuela, *Gaceta Oficial* n.º 1711, extra., del 30 de diciembre de 1974.

90 Cfr., sobre la personalidad jurídica del Banco Central de Venezuela, la sentencia 214 del 18 de julio de 1985, caso Leopoldo Díaz Bruzual, *Revista de Derecho Público*, n.º 24, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 103 y ss.

91 Cfr. *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional*, t. 1, Caracas, Comisión de Administración Pública, 1972, pp. 611 y ss. Ello no tiene justificación alguna después de su constitucionalización, sobre todo cuando la forma societaria que tiene el Banco es una mera “forma jurídica” que no afecta la titularidad única de la República sobre sus acciones.

que son típicamente estatales por referirse a la política monetaria, crediticia y financiera del país, lo que implica la atribución por la Constitución y la ley a dicha entidad de prerrogativas del poder público.

Su régimen jurídico básico, por otra parte, es de rango constitucional, en el que, en primer lugar, se garantiza su autonomía. A tal efecto, el artículo 320 C. dispone que el ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela deben contribuir a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos, y que en el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela “no estará subordinado a directivas del poder ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias”. Además, la actuación coordinada del poder ejecutivo y del Banco Central de Venezuela se debe realizar mediante un acuerdo anual de políticas, en el cual se deben establecer los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria; así como los niveles de las variables intermedias e instrumentales requeridos para alcanzar dichos objetivos finales. Dicho acuerdo debe ser firmado por el presidente o presidenta del Banco Central de Venezuela y el titular del Ministerio de Finanzas, y se debe divulgar en el momento de la aprobación del presupuesto por la Asamblea Nacional.

En la Constitución también se establece el régimen de control posterior por parte de la Contraloría General de la República y la inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia de Bancos, la cual debe remitir a la Asamblea Nacional informes de las inspecciones que realice. En cuanto a la Asamblea Nacional, dicha institución es la que debe discutir y aprobar el presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela, cuyas cuentas y balances deben ser objeto de auditoría externa en los términos que fije la ley (art. 319). En términos generales, además, el mismo artículo dispone que el Banco Central de Venezuela se rige por el principio de responsabilidad pública, a cuyo efecto debe rendir cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, de acuerdo con la ley. También debe rendir informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país y sobre los demás asuntos que se le soliciten, e incluirá los análisis que permitan su evaluación; pudiendo el incumplimiento sin causa justificada del objetivo y de las metas dar lugar a la remoción del directorio y a sanciones administrativas, de acuerdo con la ley.

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Las personas jurídicas de derecho privado o de carácter privado, al contrario de las personas jurídicas de derecho público, se constituyen en virtud de una mani-

festación de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, utilizando para ello las formas y mecanismos establecidos para regular las relaciones entre particulares, usualmente consagrados en normas de derecho privado civil o mercantil.

Por ello, al ser creadas conforme a los mecanismos del derecho privado, y no por una ley en sí misma, estas personas no son ni pueden ser titulares de prerrogativas y privilegios del poder público. La transferencia de competencias públicas como efecto propio de la descentralización funcional de derecho público sólo puede hacerse a través de una ley, de manera que son las personas jurídicas de derecho público las que normalmente tienen su origen en una ley que regula su constitución, la cual, además, es la que dispone la transferencia a la entidad de funciones o poderes de carácter público. En el caso de las personas jurídicas de derecho privado, en cambio, por su sola creación conforme a las formas jurídicas civiles, no pueden asumir poderes de derecho público.

Ahora bien, para determinar la variedad de las personas jurídicas de derecho privado hay que partir también de la regulación contenida en el artículo 19 C.C., el cual enumera como personas jurídicas, y por tanto capaces de derechos de obligaciones, además de a las personas jurídicas de derecho público político territoriales y a las comunidades y corporaciones públicas (ords. 1.º y 2.º) a “las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas” (ord. 3.º).

Es decir, el Código Civil enumera tres tipos de entidades o personas jurídicas que pueden ser calificadas como de derecho privado, las cuales, como principio general común relativo a la forma jurídica de la entidad, disponen que la personalidad jurídica la adquieren con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de Registro. De ello resulta, por tanto, como principio general, que estas personas jurídicas de derecho privado, en principio, se constituyen con la protocolización de su acta constitutiva y de sus estatutos en una oficina subalterna de registro.

La diferenciación de las tres entidades distintas enumeradas en la norma, que son las asociaciones, las corporaciones y las fundaciones, deriva del sustrato personal o real que justifica su existencia o del predominio de uno u otro, y que es, en definitiva, el objeto de la protección que establece el ordenamiento jurídico para el desarrollo de las actividades que tienen encomendadas.

Si se analizan las tres categorías enunciadas (asociaciones, corporaciones y fundaciones) puede decirse que, en cuanto a las asociaciones, en ellas siempre están presentes los dos sustratos, el personal, materializado en las personas asociadas que suscriben el contrato de sociedad, y el real, constituido por los aportes que los socios hacen, y que conforma el patrimonio de la entidad. Estas asociaciones o, como lo indica el mismo artículo 19 C.C., “las sociedades civiles y las mercantiles se rigen por las disposiciones legales que les conciernen”, en

una clara referencia a las sociedades reguladas en el Código Civil y en el Código de Comercio.

En cuanto a las corporaciones, puede decirse que en las mismas predomina el sustrato personal como objeto de protección, constituido por la comunidad (grupo de personas) que las constituyen.

Por último, en cuanto a las fundaciones, al contrario, solo hay un sustrato real, que es el que justifica la protección que el ordenamiento jurídico establece.

Con base en estas nociones del artículo 19 C.C. se puede establecer la clasificación general de las personas jurídicas de derecho privado en la siguiente forma:

En primer lugar, aquellas que tienen una base corporativa (sustrato personal), que son de dos tipos: primero, las corporaciones de derecho privado, conformadas por las comunidades privadas: las comunidades universitarias (universidades); las comunidades políticas (partidos políticos), y las comunidades laborales (sindicatos); y segundo, las asociaciones de derecho privado que comprenden las sociedades civiles, las sociedades mercantiles y las asociaciones cooperativas.

En segundo lugar, están aquellas personas jurídicas que tiene una base patrimonial (sustrato real), que son las fundaciones.

I. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PRIVADO (COMUNIDADES PRIVADAS)

El artículo 19 C.C. enumera entre las personas jurídicas de derecho privado a las corporaciones, las cuales se diferencian de las asociaciones en que no tienen su origen en un contrato o acuerdo de asociación, plasmado en un acta constitutiva que se registra; sino que la base de las mismas es la existencia de una comunidad, es decir, una agrupación abstracta de personas con una tarea común, que es la que se protege por el ordenamiento jurídico mediante la asignación de personalidad jurídica. Las corporaciones, se insiste, siempre constituyen una agrupación abstracta de personas, no siendo sus miembros ni socios ni asociados, y por ello son distintas de las asociaciones.

Las corporaciones a que se refiere el artículo 19 C.C., en efecto, a diferencia de las asociaciones y de las fundaciones, no encuentran regulación expresa en ninguna otra norma del Código, por lo que su régimen se ha venido estableciendo en leyes especiales. Entre ellas se destacan las universidades privadas, los partidos políticos y los sindicatos.

A. LAS COMUNIDADES UNIVERSITARIAS PRIVADAS: LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS

En cuanto a las universidades privadas, las mismas se regulan particularmente, en la Ley de Universidades⁹², como personas jurídicas de derecho privado, en concreto, como “comunidades de intereses espirituales que reúnen a profesores y estudiantes en la tarea común de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre” (art. 1.º).

Las mismas se establecen por un acto de constitución de cualquier naturaleza, ya que la ley habla de “título jurídico de creación”. Este puede ser, por ejemplo, un acto unilateral de uno o varios sujetos de derecho⁹³, un acuerdo de voluntades⁹⁴, e incluso un acto testamentario (art. 176).

La personalidad jurídica de las universidades privadas, en todo caso, se obtiene con la protocolización en la oficina subalterna de registro correspondiente: de la solicitud de funcionamiento de la universidad dirigida al Ministerio de Educación; del título jurídico de creación; del proyecto de estatuto orgánico, y del decreto del Presidente de la República autorizando el funcionamiento de la universidad (art. 175).

En el caso de las universidades privadas, la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que “al intervenir en la gestión de un servicio público y al obligárseles a que apliquen la Ley de Universidades en la ejecución de dicho servicio y en concreto en las designaciones de su personal docente, realizan funciones administrativas. Y ello con independencia de la naturaleza privada de la relación de la prestación de servicios que surge entre la universidad y el profesor designado”⁹⁵.

92 *Gaceta Oficial* n.º 1429, extra., del 8 de septiembre de 1970.

93 La Universidad Católica Andrés Bello, p. ej., fue creada por decreto del Episcopado Venezolano de 1951, implementado en 1953 por la Compañía de Jesús.

94 La Universidad Católica del Táchira, p. ej., se creó por acuerdo entre el Obispo de San Cristóbal y la Universidad Católica Andrés Bello.

95 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de noviembre de 1986, *Revista de Derecho Público*, n.º 25, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1986, pp. 112 a 116; 19 de enero de 1988, caso Ramón Escovar León vs. Universidad Católica Andrés Bello, en BREWER-CARÍAS y ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa 1961-1996*, cit., p. 493; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 1994, caso Universidad José María Vargas (consultada en original); y Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia del 7 de julio de 1994, *ibíd.*, p. 503.

B. LAS COMUNIDADES POLÍTICAS PRIVADAS:
 LAS ORGANIZACIONES CON FINES POLÍTICOS
 (PARTIDOS POLÍTICOS)

La Constitución de 1999 eliminó de su léxico la expresión “partidos políticos”, limitándose a regular a las organizaciones con fines políticos (arts. 67 y 293.6). Entre las mismas, sin embargo, las más importantes y las únicas reguladas según la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones del 30 de abril de 1964⁹⁶ son los partidos políticos, que son comunidades políticas de derecho privado, los cuales son definidos en el artículo 2.º de dicha ley como agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos. Se trata, como lo afirmó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 10 de octubre de 1990, de entidades “que forman parte del engranaje con base en la cual se estructuran los órganos representativos de las instituciones del Estado”⁹⁷.

La importancia constitucional de estas comunidades políticas deriva de que su constitución resulta del ejercicio del derecho ciudadano de asociación con fines políticos, que establece el artículo 67 C. “mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección”, en general con la misión de participar en la orientación de la política nacional. Sobre esta exigencia, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 38 del 28 de abril de 2004, estableció:

En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no garanticen el derecho constitucional referido, y

96 *Gaceta Oficial* n.º 27.725 del 30 de abril de 1965. Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, “El régimen jurídico administrativo de los partidos políticos en Venezuela”, *Revista del Ministerio de Justicia*, n.º 51, Caracas, 1964, pp. 263 a 295; y como “Algunas notas sobre el régimen jurídico administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano”, *Revista de Derecho Español y Americano*, año X, n.º 8, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1965, pp. 27 a 46.

97 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 44, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 108 y ss.

la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado poder electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos.

Los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido⁹⁸.

Los partidos políticos, en todo caso, son comunidades u organizaciones políticas de ciudadanos, las cuales a pesar de que se constituyan para que estos puedan participar por métodos democráticos en la orientación de la política nacional, conforme al ejercicio de un derecho político, no por ello dejan de ser personas jurídicas de derecho privado. Su constitución, sin embargo, y la adquisición de personalidad jurídica, no se producen con el registro del acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro, sino mediante otra forma jurídica regulada en la ley.

En efecto, los partidos políticos, tanto regionales como nacionales, deben constituirse conforme a diversos requisitos que establece la Ley de Partidos Políticos (arts. 10.º y 16), que concluyen con la “inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Supremo Electoral” (ídem). Hecha la inscripción del partido político, el Consejo Supremo Electoral debe proceder a comunicarla a los interesados y a publicarla en la *Gaceta Oficial* de la República (art. 19), y tratándose de un partido político regional, además, en la gaceta oficial de la entidad respectiva (art. 13). Conforme al artículo 21 de la ley, es “desde la fecha de la publicación de su registro [que] el partido adquirirá personería jurídica y podrá actuar, a los fines de sus objetivos políticos, en toda la República o en todo el territorio de la Entidad Regional según el caso”.

Ahora bien, por el hecho de sus fines políticos, no debe dejar de mencionarse que en la jurisprudencia se ha planteado la duda sobre si los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público o personas jurídicas de derecho privado. En efecto, este rango constitucional de la consagración de los partidos políticos

98 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 333 y ss.

como instrumentos a través de los cuales los ciudadanos pueden participar en la orientación de la política nacional, llevó incluso a la antigua Corte Suprema de Justicia, siguiendo una doctrina sentada por el Consejo Supremo Electoral en 1970, a considerar a los partidos políticos desde el punto de vista histórico, sociológico y de la ciencia política, como “asociaciones políticas”, “asociaciones de derecho público”, “entes de carácter público” o “entes jurídicos de derecho público”⁹⁹, considerando, por tanto, que le correspondía a cualquier ciudadano el derecho de denunciar ante el Consejo Supremo Electoral las infracciones en que a su juicio hubiera podido incurrir un partido determinado y, en consecuencia, que correspondía al Consejo Supremo Electoral, en virtud de sus atribuciones, velar por que se cumplieran las exigencias legales en cuanto a la constitución y funcionamiento de los partidos políticos¹⁰⁰.

Precisamente por ello, requerida la intervención del Consejo Nacional Electoral con motivo de denuncias sobre infracciones en que pudieran incurrir los partidos políticos, las decisiones que adopta el ente rector del poder electoral se consideran actos administrativos recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa y, por tanto, sujetas al control judicial de constitucionalidad y legalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰¹. Sin embargo, los actos y decisiones adoptados por los propios partidos políticos, en cambio, no pueden considerarse en el derecho administrativo venezolano como actos administrativos que pudieran ser recurribles directamente en vía contencioso administrativa, pues los partidos políticos, por más que puedan considerarse bajo el ángulo del derecho constitucional y de la ciencia política como comunidades u organizaciones políticas (“asociaciones políticas” en la terminología histórica de la antigua Corte Suprema), no son personas jurídicas de derecho público ni ejercen prerrogativa pública alguna en relación a sus afiliados.

Como lo ha precisado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 28 de agosto de 1989, “ni la previsión constitucional ni la definición misma que da de Partidos Políticos nuestro derecho positivo, en modo alguno permite configurarlos como personas jurídicas de derecho público”, pues los

99 Sala Político Administrativa, sentencia del 30 de enero de 1973, *Gaceta Oficial* n.º 30.112 del 26 de mayo de 1973, y en ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de derecho administrativo*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 571 y ss.

100 Sala Político Administrativa, sentencia del 30 de enero de 73, *Gaceta Oficial* n.º 30.112 del 26 de mayo de 1973.

101 Así se ha establecido, entre otras, por la sentencia de dicha Sala del 26 de junio de 1968, *Gaceta Forense* n.º 60, Caracas, Ministerio de Justicia, 1960, pp. 189 a 197; y se ha consagrado expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

mismos “ni forman parte de la estructura de la Administración Pública, ni han sido creados por actos de poder público”, agregando:

Tampoco nos encontramos frente al supuesto de personas jurídicas de derecho privado, a las cuales el legislador las haya habilitado para dictar actos administrativos, como ocurre excepcionalmente en el supuesto previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por lo que respecta a las fundaciones y empresas del Estado las cuales, no obstante tratarse, por su forma, de personas jurídicas de derecho privado, se encuentran habilitados expresamente para dictar las decisiones correspondientes en materia de averiguaciones administrativas. Tal prerrogativa, en virtud del carácter aislado no es susceptible de convertirlas en personas de derecho público.

Todo lo anterior lleva a esta Corte a la conclusión de que los partidos políticos, no obstante la muy importante y decisiva participación en la vida pública del país, son personas jurídicas de derecho privado, cuyos actos no son susceptibles de ser calificados como actos administrativos. Cualquier divergencia que surja con motivo de una decisión del partido político o de uno de sus órganos, y la cual dé lugar al menoscabo de los derechos o intereses de un particular, debe ser sometida a la consideración del Consejo Supremo Electoral de conformidad con las previsiones correspondientes establecidas en la Ley de Partidos Políticos. En consecuencia, el acto administrativo será, precisamente, la decisión que al respecto adopte el Consejo Supremo Electoral y éste sería el acto impugnabile por la vía del contencioso administrativo, sujeto al control judicial de constitucionalidad y de legalidad por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corte debe entonces concluir que los partidos políticos no son personas jurídicas de derecho público, ni puede considerarse que ejercen potestades de poder público, pues el papel que la Constitución les asigna a los efectos de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional no es susceptible de calificar de prerrogativa lo que simplemente es una función, aunque sí, de gran relevancia para el desarrollo de la vida pública del país¹⁰².

Como consecuencia, consideró la Corte que los partidos políticos en el régimen constitucional y legal venezolano, son personas jurídicas de derecho privado de las que el artículo 19.3 C.C. califica como “corporaciones”, las cuales, en virtud del papel político que la Constitución y la Ley de Partidos Políticos les asignan, están sometidas al control del Consejo Supremo Electoral, cuyos actos de control, por supuesto, son actos administrativos; pero no resultando de ello, de manera alguna, que los partidos puedan dictar por sí mismos actos administrativos, pues no ejercen prerrogativa pública alguna.

¹⁰² Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 39, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1989, pp. 149 a 151.

Esta jurisprudencia, sin embargo, ha variado a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999 y de la creación en ella tanto del poder electoral como de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto al poder electoral, se le atribuyó la potestad de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos (art. 293.6), y la Ley Orgánica del poder electoral¹⁰³ precisó las funciones de control del Consejo Nacional Electoral sobre dichas organizaciones. En cuanto a la Sala Electoral del Tribunal Supremo, a la misma se atribuyó la jurisdicción contencioso electoral (art. 297), y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se le atribuyó competencia para “Conocer los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional” (art. 5.º, párr. 1.º, 45).

Al no establecerse entre los objetos de impugnación si se trata sólo de actos administrativos del Consejo Nacional Electoral o de actos de los partidos políticos, esta posibilidad ha quedado abierta, como resultó incluso de la jurisprudencia sentada por la misma Sala Electoral en sentencia 38 del 28 de abril de 2004, en la cual conoció de la impugnación de un reglamento para la elección de precandidatos de un partido político (Movimiento al Socialismo) para las elecciones del año 2000, aprobado por la Dirección Nacional de dicho partido, por supuesta violación del artículo 67 C., en cuanto a los “métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección” de los partidos. La Sala consideró que el nuevo esquema constitucional “impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular, en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso eleccionario interno instaurado en el que participen sus integrantes”. En el caso concreto, en el cual el reglamento impugnado disponía elecciones en un sistema de segundo hasta cuarto grado de elección, la Sala constató:

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 67 constitucional, invocado como violado por los recurrentes, no ha limitado a un esquema único eleccionario la escogencia de los candidatos que serán postulados por las asociaciones con fines políticos para los cargos de elección popular, sólo ha establecido que tales organizaciones incorporen en

103 *Gaceta Oficial* n.º 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

su normativa mecanismos de consulta democráticos que aseguren la participación de todos sus integrantes en dicha selección, por ello considera esta Sala que la exigencia prevista en el referido precepto constitucional ha sido cumplida por el Reglamento impugnado, pues estableció, como se señaló anteriormente, un sistema de elección para los precandidatos en el Movimiento al Socialismo MAS que garantiza la participación de sus integrantes¹⁰⁴.

C. LAS COMUNIDADES LABORALES PRIVADAS: LAS ORGANIZACIONES SINDICALES (SINDICATOS)

Entre las corporaciones de derecho privado están también las comunidades laborales privadas, es decir, los sindicatos¹⁰⁵, producto del ejercicio del derecho de los trabajadores a la sindicalización garantizado en el artículo 95 C., para la mejor defensa de sus derechos e intereses; garantizando la Constitución, que tales organizaciones sindicales “no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa”. La Constitución agrega, además, que para el ejercicio de la democracia sindical los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales deben establecer la alternabilidad de los integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto¹⁰⁶.

Conforme a la Ley Orgánica del Trabajo de 1997¹⁰⁷, “los sindicatos tendrán por objeto el estudio, defensa, desarrollo y protección de los intereses profesionales o generales de los trabajadores y de la producción, según se trate de sindicatos de trabajadores o de patronos, y el mejoramiento social, económico y moral y la defensa de los derechos individuales de sus asociados” (art. 407); y “para su constitución y funcionamiento”, dice el artículo 403, no estarán sometidas a otros requisitos que los establecidos en la propia Ley Orgánica del Trabajo, “a objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros”.

104 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, pp. 333 y ss.

105 La Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia 29 del 19 de febrero de 2002, caso Gustavo Pérez y otros vs. Consejo Nacional Electoral, calificó a los sindicatos como “entes de naturaleza asociativa privada”, *Revista de Derecho Público*, n.ºs 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 164.

106 Sobre esta libertad sindical, cfr. Ley Aprobatoria del Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, *Gaceta Oficial* n.º 3.011 del 3 de septiembre de 1982; Ley aprobatoria del Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, *Gaceta Oficial* n.º 28.709 del 22 de agosto de 1968; Ley aprobatoria del Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social, *Gaceta Oficial* n.º 32.740 del 3 de junio de 1983.

107 Cfr. en *Gaceta Oficial* n.º 5.152, extra., del 19 de junio de 1997. Esta fue una reforma parcial de la ley de 1990, *Gaceta Oficial* n.º 4220, extra., del 20 de diciembre de 1990.

Los sindicatos deben registrarse ante la inspectoría del trabajo de la jurisdicción (art. 420), a cuyo efecto deben formular una solicitud acompañada de copia del acta constitutiva, los estatutos y la nómina de miembros fundadores (art. 421). La personalidad jurídica de los sindicatos se obtiene con la inscripción de un sindicato ante la inspectoría del trabajo (art. 429). En cambio, conforme se regulaba en la anterior Ley del Trabajo de 1936 con sus reformas hasta 1990, los sindicatos en principio eran asociaciones sin personalidad jurídica, cuyos fines podían realizarse con la inscripción de los documentos de su constitución, en el Libro de Registro de Sindicatos que llevaba el Ministerio del Trabajo. Conforme al artículo 186 de dicha Ley del Trabajo, este registro investía “a la respectiva organización sindical de la situación jurídica que requiere la Ley del Trabajo para actuar como tal organización sindical del trabajo”; sin embargo, agregaba dicha norma que ello era “sin perjuicio de que puede obtener personalidad jurídica de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Código Civil”, que no eran otras que las que regulan las sociedades civiles. Por lo tanto, si los sindicatos decidían obtener la personalidad jurídica, lo debían hacer como sociedades civiles conforme a lo establecido en el Código Civil. Con la reforma de la ley a partir de 1990, en cambio, la personalidad jurídica de los sindicatos deriva de la sola inscripción ante la inspectoría del trabajo.

Ahora bien, a pesar de tratarse de comunidades laborales privadas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar sin lugar la impugnación del denominado “Referendo sindical” realizado en 2000, les negó a los sindicatos el carácter de “asociaciones de carácter privado”, considerándolos en cambio como “personas jurídicas de derecho social, que persiguen fines de alto interés público, lo que explica su regulación y funcionamiento prevista en el capítulo II de la Ley Orgánica del Trabajo, y lo que da a dicha regulación carácter protector y, por tanto, imperativo”¹⁰⁸. En otra sentencia, la 46 del 11 de marzo de 2002, de la Sala Electoral, sin embargo, sí se reconocería a las organizaciones sindicales como “personas jurídicas privadas [que] tienen además un carácter social [...] de interés público y de relevancia constitucional”, señalando:

[L]os sindicatos revisten una naturaleza compleja, pues en cuanto asociación privada representan y defienden el interés de todos y cada uno de sus afiliados, y en cuanto institución de carácter social poseen una esencia cuasi-pública, ya que tales organizaciones representan el interés general de un amplio sector de la población –los trabajadores–, siendo, justamente, ésta última, la función que reviste especial trascendencia en el ámbito público y político, y que justifica la supervisión del Estado¹⁰⁹.

108 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 159.

109 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.ºs 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 156.

Por otra parte, dado el carácter de personas jurídicas de derecho privado y a pesar de las tareas sociales que tienen encomendadas, los sindicatos, por supuesto, no son personas jurídicas estatales. Así lo ha precisado, además, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 168 del 20 de diciembre de 2000 (caso Sindicato Único de Trabajadores de la Salud de Instituciones Públicas y Privadas y de la Seguridad Social del Estado Carabobo), con motivo de conocer de la impugnación de un reglamento electoral nacional de la Confederación de Trabajadores de Venezuela, al desechar el argumento de que para dicha impugnación debía agotarse la vía administrativa, señalando:

[E]n principio, los sindicatos son instituciones sociales espontáneas, asociaciones constituidas por los propios interesados para la defensa de sus intereses profesionales y económicos dentro de las relaciones laborales que, si bien no se oponen al Estado, son, por lo menos, independientes de él. Tanto es así, que el artículo 95 constitucional, al consagrar el derecho a la sindicación señala expresamente: “Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa”.

La referida independencia de las instituciones del derecho del trabajo, en este caso los sindicatos, nos lleva a concluir que los mismos no pertenecen a la organización estatal, aun cuando en determinadas circunstancias pudieran estar relacionados con sus órganos para la mediación o resolución de sus conflictos, bien sea en sede administrativa o jurisdiccional, y, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, para la organización de sus elecciones (artículo 293, numeral 6, constitucional).

Ahora bien, a pesar de que pudieran existir normas legales y reglamentarias que establecieran una rigurosa regulación estatal, el hecho de que la Administración mantenga una cercana intervención de estas materias, o inclusive, que los sindicatos ejercieran una particular influencia en la conducción de la Administración, no permite deducir que estos sean agregados de la Administración, que gocen de los privilegios propios de ésta, tal como el agotamiento de la vía administrativa, esto es, la prerrogativa prevista en los artículos 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, específicamente en materia electoral, en el artículo 225 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la cual sirve a la Administración para revisar sus propias decisiones, y además decantar las pretensiones que se intentaran ante los tribunales, dado que su omisión constituye una causal de inadmisibilidad, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 237, parágrafo único, y 241 *eiusdem*¹¹⁰.

De lo anterior, concluyó la Sala que el sindicato es un ente jurídico que “aun cuando persiga fines colectivos, no encuadra dentro de la estructura de la organización administrativa venezolana”¹¹¹.

110 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 84, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 132.

111 Ídem.

Por último, debe mencionarse que por el carácter y función de los sindicatos, también en relación con los mismos, la Constitución dispuso que las elecciones de sus cuerpos directivos las debe organizar el poder electoral (Consejo Nacional Electoral) (art. 293.6), sobre lo cual la Sala Electoral del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 46 del 11 de marzo de 2002, para además justificar el contencioso electoral:

[Es] justamente, en el plano de la actividad cuasi-pública de los sindicatos que [...] se justifica la supervisión del Estado para garantizar la democratización de dichas organizaciones a través de la transparencia y celeridad de los procesos electorales y la escogencia de las autoridades legítimas que están llamadas a representar los intereses y derechos de los afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo; en los procedimientos de conciliación y arbitraje; en la promoción, negociación, celebración, revisión y modificación de convenciones colectivas de trabajo; y en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical¹¹².

En particular sobre el contencioso electoral del cual conoce la sala electoral, esta ha señalado además, en sentencia del 13 de agosto de 2001, que es a través del “Sistema Contencioso Social Electoral que se han de canalizar las acciones o pretensiones de orden electoral que puedan presentar los ciudadanos, y que se deriven de su participación en las distintas organizaciones sociales previstas en nuestro ordenamiento legal, bien sean éstas sindicatos, gremios profesionales, asociaciones civiles de recreación o cualquier otra de la sociedad civil”¹¹³.

2. LAS ASOCIACIONES DE DERECHO PRIVADO

Las asociaciones son personas jurídicas que se crean en virtud de un acuerdo de voluntades o de un contrato de sociedad entre diversos sujetos de derecho, mediante aportes patrimoniales o de trabajo. Este acuerdo de voluntades es el resultado, ante todo, del ejercicio del derecho constitucional de asociación con fines lícitos que regula el artículo 52 C., y que el Estado está obligado a facilitar en cuanto a su ejercicio, el cual normalmente se documenta en un acta constitutiva que debe siempre expresar el nombre, el domicilio y objeto de la asociación, y la forma en que será administrada y dirigida (art. 19 C.C.). Dicha acta constitutiva, en principio, conforme al mismo artículo 19 C.C., debe registrarse en la

¹¹² Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 148 a 149.

¹¹³ Sentencia citada en la sentencia 46 del 11 de marzo de 2002, un extracto de la cual se publicó *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 155 y ss.

oficina subalterna de registro del distrito donde haya sido creada la asociación, adquiriendo la entidad la personalidad jurídica con dicha protocolización.

Sin embargo, no todas las asociaciones se crean con la protocolización del acta constitutiva en la oficina subalterna de registro, pues hay otras sociedades, como las mercantiles, que se rigen por el Código de Comercio, en el cual se dispone la protocolización de los documentos en el registro mercantil.

En consecuencia, entre las asociaciones pueden distinguirse las sociedades civiles, las sociedades mercantiles y otras asociaciones reguladas por leyes especiales, como las asociaciones cooperativas.

A. LAS SOCIEDADES CIVILES

Las sociedades civiles son producto del contrato de sociedad que regula el Código Civil, cuyo artículo 1649 lo define como “aquél por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común”.

Éstas, sin embargo, pueden ser constituidas sin fines de lucro cuando los asociados dispongan en los estatutos que los beneficios de la sociedad no sean distribuidos entre ellos, y se destinen a incrementar el activo o patrimonio social; pudiendo incluso disponerse que, en caso de liquidación, el activo social no se reparta entre los socios sino que se prevea su destino a otra institución¹¹⁴.

De acuerdo al artículo 1651 C.C., las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la oficina subalterna de registro de su domicilio, y su régimen jurídico en general es el establecido en el Código Civil.

Algunas sociedades civiles, además, sin dejar de ser tales, fueron objeto de regulación especial, como fue el caso de las asociaciones de vecinos reguladas por la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989¹¹⁵, como reconocimiento a los movimientos sociales urbanos que se habían desarrollado desde hacía años para abrir un canal institucional de participación de la comunidad en la gestión de los asuntos locales. Se trató del reconocimiento legal de la existencia de estas sociedades que solo podían constituirse por los habitantes que integraban una determinada vecindad, para lo cual el artículo 172 de la Ley Orgánica disponía que para adquirir personalidad jurídica dichas asociaciones

¹¹⁴ Cfr., en general, A. y M. ITRIAGO, *Las asociaciones civiles en el derecho venezolano*, Caracas, 1998.

¹¹⁵ *Gaceta Oficial* n.º 4409, extra., del 15 de junio de 1989. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, *Gaceta Oficial* n.º 38.204 del 8 de junio de 2005, no sólo incomprensiblemente omitió toda referencia a las asociaciones de vecinos, sino que derogó expresamente el Reglamento parcial n.º 1 que las regulaba.

debían “inscribir su acta constitutiva y estatutos en la correspondiente Oficina Subalterna de Registro”; y sólo para fines informativos era que los concejos municipales correspondientes debían mantener un “archivo actualizado de las asociaciones legalmente constituidas en su jurisdicción”.

Las asociaciones de vecinos, incluso, fueron objeto de una regulación detallada en el Reglamento Parcial 1 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, sobre la Participación de la Comunidad de 1990¹¹⁶, con el propósito y objeto fundamental de defender los intereses colectivos, a cuyo efecto se estableció que debían colaborar con los organismos públicos en la gestión de los asuntos comunitarios en su ámbito espacial, utilizando los canales de participación ciudadana que les permitan actuar en nombre de la comunidad (art. 5.º Reglamento). Las asociaciones se debían constituir entonces, si era en áreas urbanas, por al menos 50 vecinos residentes de la zona urbana que integran una comunidad (barrio, vecindad, urbanización) con lazos y vínculos permanentes, un ámbito espacial que debe determinar la oficina que tenga a su cargo la planificación urbana. En áreas no urbanas, el número de vecinos para constituir la asociación debía ser de 20. En el reglamento se establecieron, además, diversos requisitos de publicidad e información pública para la constitución de las asociaciones, así como el derecho de todo vecino residente en el ámbito espacial respectivo a ser inscrito como miembro (art. 10.º Reglamento); y una norma destinada a los registradores subalternos para que antes de la protocolización del documento constitutivo verificasen el cumplimiento, por parte de los promotores, de “las normas legales y reglamentarias” sobre dichas asociaciones (art. 14 Reglamento) (*Cuarta parte*, § 14).

Entre sus múltiples competencias estaba la de tener la iniciativa legislativa para presentar ante los concejos municipales proyectos de ordenanzas (art. 174 Ley Orgánica), así como la de tener la legitimidad activa necesaria para actuar ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa en defensa de los intereses colectivos de su comunidad¹¹⁷. Ello fue además admitido desde hace años por la jurisprudencia, con base en considerar a los intereses colectivos como intereses “personales”, directos y legítimos de una comunidad¹¹⁸.

116 Decreto 1297 del 22 de noviembre de 1990, *Gaceta Oficial* n.º 34.609 del 5 de diciembre de 1990. Sobre estas asociaciones de vecinos, cfr. CARLOS AYALA C., “La participación ciudadana en el nuevo régimen municipal” en ALLAN R. BREWER-CARIAS et ál., *Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 219 y ss.

117 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARIAS, *Ley Orgánica el Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2004, pp. 182 y ss.

118 Cfr. id., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, “Justicia contencioso administrativa”, San Cristóbal y Caracas, Universidad Católica del Táchira y Edit. Jurídica Venezolana, 1997, pp. 78 y ss.

Las asociaciones de vecinos, además, podrían ser “las comunidades y grupos vecinales organizados” a que se refiere el artículo 184 C. como receptores de transferencias de servicios públicos por parte de los estados y municipios, o de las “asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales” como instrumentos para la participación de las comunidades en los asuntos locales.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004¹¹⁹, por su parte, ha establecido el derecho de los consumidores y usuarios a constituirse en organizaciones o asociaciones, que ostenten la representación de sus asociados y puedan servir de instrumento para el ejercicio de sus derechos e intereses individuales y colectivos, siempre de conformidad con lo previsto en la propia ley (art. 73). Conforme al artículo 74 *ibídem*, se entiende por asociación de consumidores y usuarios:

[T]oda organización constituida por un mínimo de veinticinco personas naturales, y tendrá como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones con idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Dichas asociaciones están sujetas a las normas del Código Civil pertinentes en cuanto a registro y suministro de información contable referente al uso de los fondos públicos, donaciones privadas, cotizaciones u otros ingresos que les fuesen asignados (art. 78).

Ahora bien, las sociedades civiles, como lo indica su propio nombre, cuando han sido constituidas por personas naturales o jurídicas particulares, forman parte esencial de la sociedad civil, es decir, del ámbito de las entidades no estatales, que caen fuera del control del Estado y se rigen en su funcionamiento por sus propios estatutos, lo que no excluye que puedan tener participación en la gestión de asuntos públicos. En tal sentido, por ejemplo, la Constitución de 1999 ha reconocido la existencia de la sociedad civil al regular la participación de representantes de los diversos sectores de la misma en la gestión de determinados asuntos públicos, como por ejemplo en la conformación de los comités de postulaciones para la designación de los titulares de los órganos del poder ciudadano, del poder electoral y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (arts. 270, 279 y 295). Lamentablemente, sin embargo, dicha partici-

119 *Gaceta Oficial* n.º 37.930 del 4 de mayo de 2004.

pación ha sido distorsionada, al constituir las diversas leyes unas comisiones parlamentarias ampliadas, con lo que se ha desfigurado el sentido de la norma. Contrario, incluso, con la definición que la Sala Constitucional del Supremo Tribunal en sentencia de fecha 30 de junio de 2000 dio sobre la sociedad civil como conformada por “asociaciones, grupos e instituciones venezolanas (sin subsidio externo) que por su objeto, permanencia, número de miembros o afiliados y actividad continua, han venido trabajando desde diversos ángulos de esa sociedad, para lograr para ésta una mejor calidad de vida, desligadas del gobierno y de los partidos políticos”¹²⁰.

Pero a pesar de todo el nominalismo constitucional participativo, la propia Constitución ha establecido una limitación a la autonomía de la sociedad civil, al abrir la posibilidad de que el Estado, a través de los órganos del poder electoral, pueda intervenir en las elecciones para la designación de los directivos de determinadas sociedades civiles. En efecto, el artículo 293 C. asigna al poder electoral, entre otras, la función de:

6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorarios.

Precisamente con base en esta disposición constitucional, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ha decidido numerosos casos en los cuales ha intervenido en el funcionamiento interno de diversas asociaciones civiles, en general sin fines de lucro.

Ha sucedido respecto de las asociaciones de vecinos, conforme a la sentencia 61 del 29 de mayo de 2001 (caso Asociación de Residentes de la Urbanización La Trinidad), que la Sala Constitucional consideró que se trataba de organizaciones “que el mismo texto constitucional alude implícitamente como ‘sociedad civil’, pudiendo solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones”¹²¹.

También ha sucedido respecto de los clubes sociales o asociaciones recreativas, como se ha resuelto en sentencia del 1.º de noviembre de 2000 (caso Asociación Civil Club Campestre Paracotos), en la cual la Sala, al conocer de

120 Cfr. la cita en la sentencia 90 del 26 de julio de 2000, caso Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela, *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 446.

121 Exp. 000064 (consultada en original).

una acción de amparo constitucional ejercida contra el reglamento electoral dictado por la comisión electoral de dicho club, consideró que el mismo era una sociedad.

[C]omprendida entre aquellas organizaciones que el mismo texto constitucional refiere de la “sociedad civil” y que como entes de carácter estatutario, constituidos libremente por sus miembros, pueden darse su organización, normativa y gobierno, con las garantías constitucionales debidas que permitan su participación directa en las decisiones que le interesan a todos sus integrantes y entre ellas, la escogencia de sus autoridades a través de sistemas democráticos de participación, pudiendo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 293.6 C. de la República Bolivariana de Venezuela, solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones¹²².

En cuanto a otras asociaciones civiles económicas, es decir, de las de empresas y empresarios de carácter industrial o comercial, constituidas como “cámaras”, la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia 18 del 15 de febrero de 2001 (caso Cámara de Comercios e Industrias del Estado Aragua), consideró que la Asociación Civil “Cámara de Comercios e Industrias del Estado Aragua” en virtud de sus objetivos de “impulsar el desarrollo económico y el progreso social de la región propiciando el esfuerzo conjunto de los sectores que la integran”, así como “la defensa y el fortalecimiento de la libre iniciativa y la libertad de empresa”, constituye un mecanismo de participación indirecta—en lo económico y social— de un sector de la ciudadanía (comerciantes e industriales) en la vida societaria nacional, por lo que “aun teniendo la referida Asociación Civil una naturaleza jurídica de derecho privado, sus fines trascienden al mero interés particular”. Por ello, la Sala consideró que era “procedente incluirla como una de las organizaciones de la “sociedad civil” enunciadas implícitamente en el artículo 293.6 C., a los fines contenidos en dicha norma”, razón por la cual declaró su competencia para conocer de la impugnación de los actos electorales dictados por dicha cámara “independientemente de la naturaleza del ente del cual emanan los mismos”¹²³.

Pero en otros casos más emblemáticos, la Sala Electoral ha admitido la intervención obligatoria del Consejo Nacional Electoral en los procesos eleccionarios de asociaciones civiles como las de profesores universitarios, tal y como sucedió con la de la Universidad Central de Venezuela, dándole el mismo tratamiento

122 Exp. 0115 (consultada en original).

123 Exp. 000017 (consultada en original). Esta jurisprudencia fue ratificada por la misma Sala, según sentencia 162, exp. 2002-000077 del 17 de octubre de 2002, caso Cámara de Comercio e Industrias del Estado Bolívar (consultada en original).

que a los colegios profesionales, que en cambio son los gremios profesionales creados por ley al establecerse la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión liberal. En efecto, en sentencia 51 del 19 de mayo de 2000, la Sala interpretó lo que la Constitución quiso identificar al referirse a los “gremios profesionales” en la norma constitucional del artículo 293.6, a los efectos de “dilucidar si efectivamente la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, debió ser considerada como gremio profesional y en consecuencia ser objeto de regulación por dichas disposiciones”¹²⁴.

Para ello, la Sala partió de la consideración de que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición predeterminada de gremios profesionales, cuando nuestra legislación ha empleado tal expresión lo ha hecho atendiendo a la definición de MANUEL OSSORIO, en el *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, como “un conjunto de personas que desempeñan un mismo oficio o profesión, y que se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común”. La Sala concluyó, después de hacer referencia al sentido medieval del término, que los gremios fueron y son aun “instituciones constituidas por el acuerdo autónomo, libre de los individuos que tienen el mismo oficio o que ejercen idéntica profesión, que no pueden ser vistas en un solo orden, pues su contenido, constitución, organización, atribuciones y características varían, en atención al ordenamiento jurídico de cada país y a la voluntad autónoma de sus asociados que deciden constituirlo”.

La Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, recurrente en ese caso, había argumentado que la expresión “gremio profesional” utilizada en la Constitución sólo identificaba a los colegios profesionales, ante lo cual la Sala señaló:

Si bien los hoy conocidos colegios profesionales, revisten el carácter gremial, ellos no resultan su única expresión, dado que también puede comprender otras asociaciones que sin ser creadas por disposición expresa de la ley, como es el caso de los colegios profesionales, lo son aun cuando hayan sido creadas bajo formas del derecho civil, que cumplen el mismo fin. Lo fundamental para que determinadas asociaciones se les reconozca el carácter gremial, no es su forma de constitución, pues no hay una sola, sino los fines de la asociación, los cuales deben abarcar a todos sus integrantes vinculados entre sí por la misma profesión u oficio.

Considera necesario esta Sala destacar que resulta incorrecto establecer una sinonimia entre los términos “gremios profesionales” y “colegios profesionales”. Debe entenderse que el primero está signado por su condición de género y, el segundo constituye una

124 Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, pp. 132 y ss.

especie de aquél, es decir, el concepto de gremio profesional no se agota en el de colegios profesionales, antes bien, éste sólo abarca una parcela de aquél. Por tal razón, cuando los textos normativos aluden a la noción de gremios profesionales no debe considerarse que está regulando únicamente a los colegios profesionales, debe entenderse al vocablo gremio en su sentido lato. Así lo evidencia el propio texto constitucional al referirse a una modalidad específica de los gremios profesionales en su artículo 105 al señalar: “La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación”.

En virtud de lo anterior, la Sala concluyó señalando que cuando la Constitución en su artículo 293.6 se refiere a la competencia del poder electoral para organizar las elecciones, entre otros de los “gremios profesionales”, está “haciendo alusión no exclusivamente a los colegios profesionales, sino además a aquel conjunto de personas que en su condición de profesionales, se aunan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común, independientemente de que su conformación no sea por disposición expresa de la ley, sino por acuerdo común de sus integrantes, bajo una forma de derecho privado”. Dentro de ellas, la Sala Electoral precisamente incluyó a las asociaciones que se establecen en el seno de las universidades, conformadas por los profesionales en diversas disciplinas o áreas del conocimiento que integran la institución en su condición de docentes, en la que no participan personas que no tengan tal carácter. En el caso de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, la Sala señaló que aun cuando fue:

[C]onstituida bajo la forma jurídica de una asociación civil sin fines de lucro, conforme al derecho civil, su objetivo ha sido orientado por el respeto de sus integrantes en el ámbito universitario, como dependientes directos de esa Casa de Estudios, bajo una misma condición: *profesor*, y que de acuerdo a su Acta Constitutiva y sus estatutos cumple un papel fundamental de interés común a sus asociados, como lo es la lucha por la dignidad, el bienestar, la protección social, la estabilidad y el escalafón de todo el profesorado universitario, es decir, la obtención de beneficios específicos en el ámbito laboral¹²⁵.

De allí que la sala haya considerado que dicha Asociación desempeñaba actividades de carácter gremial, constituyendo por tanto un gremio profesional, razón por la cual “por disposición constitucional le compete al Consejo Nacional Electoral, organizar” sus procesos comiciales para las elecciones de sus autoridades directivas. En definitiva, la Sala Electoral concluyó señalando que “la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (APUCV)

125 Ídem.

es un gremio profesional, que sin perder su condición de asociación civil sin fines de lucro, se encuentra sometida, cuando realiza procesos eleccionarios, a la normativa dictada por el poder electoral”.

Por último, dentro de las sociedades civiles, debe hacerse mención particular a las asociaciones cooperativas reguladas en la Ley Especial Asociaciones Cooperativas de 2001¹²⁶, como “asociaciones abiertas y flexibles, de hecho y derecho cooperativo, de la economía social y participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente” (art. 2.º).

Estas empresas “se originan en un acuerdo libre e igualitario de personas que deciden constituir y mantener una empresa asociativa de derecho cooperativo” (art. 6.º), adquiriendo personalidad jurídica mediante la protocolización del documento constitutivo y estatutos en la oficina subalterna de registro del domicilio de la cooperativa (arts. 10.º y 11). Una vez constituida la cooperativa, se debe enviar a la Superintendencia Nacional de Cooperativas copia del documento constitutivo y estatutos a los efectos de control (art. 11). En la anterior Ley General de Asociaciones Cooperativas de 1975¹²⁷, sin embargo, se establecía un régimen diferente y particular para la adquisición de personalidad jurídica por parte de estas asociaciones, ahora eliminado, pues se disponía que el acta constitutiva debía “ser autenticada por ante un Juzgado, Notaría Pública o Registro Público de la localidad” (art. 13), para luego de esta autenticación solicitarse a la Superintendencia Nacional de Cooperativas una autorización para el funcionamiento de la asociación (arts. 14 y 15), mediante la emisión de un acto administrativo formal (resolución de autorización) en el cual se ordenaba insertar en un Registro General de Cooperativas los datos de la respectiva asociación (art. 15). Este registro, sin embargo, conforme al artículo 16 de la Ley, “no surtía efectos respecto de terceros hasta tanto no aparecieran publicadas en la *Gaceta Oficial*” la resolución y copia del extracto de las disposiciones fundamentales del acta constitutiva. En esta forma, en la legislación anterior las asociaciones cooperativas no adquirían personalidad como las sociedades civiles (protocolización del acta en la Oficina de Registro Público), y como ahora se regula en la Ley Especial de 2001, sino mediante la publicación en *Gaceta Oficial* de un extracto del acta constitutiva que se hubiese

¹²⁶ Decreto Ley 1440 del 30 de agosto de 2001, *Gaceta Oficial* n.º 37285 del 18 de septiembre de 2001.
¹²⁷ *Gaceta Oficial* n.º 17.509, extra., del 27 de mayo de 1975.

registrado en el Registro Nacional de Cooperativas del Ministerio de Fomento, una vez que se hubiere autenticado ante cualquier autoridad con facultades para dar fe pública documental.

En cuanto a estas asociaciones cooperativas, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia también se ha pronunciado respecto de las cajas de ahorro, como formando parte de la sociedad civil, como asociaciones civiles sin fines de lucro, que pueden quedar sometidas al control del poder electoral en materia de elección de sus directivos. En efecto, en sentencia 90 del 26 de julio de 2000 (caso Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la UCV), la Sala señaló:

[L]as Cajas de Ahorro, aun cuando tienen una forma jurídica propia del derecho privado (asociación civil prevista por el artículo 19.3 C.C.), están sometidas a una serie de regulaciones legales previstas en la Ley General de Asociaciones Cooperativas y su Reglamento, aplicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 69, aparte único, de la Ley General de Asociaciones Cooperativas [...] [y] aun cuando no resultan totalmente equiparables a las asociaciones cooperativas, forman parte de esa categoría de personas jurídicas enmarcadas por alguna tendencia doctrinaria en el llamado “derecho cooperativo”, en el cual principios fundamentales del derecho público juegan un rol relevante, en virtud de la finalidad de interés general que radica en la organización de grupos de ciudadanos para el logro de metas que van más allá del simple beneficio económico y propenden al beneficio de la colectividad¹²⁸.

La Sala analizó la regulación de las entidades cooperativas y cajas de ahorro en la Constitución, y de la interpretación armónica de los dispositivos de la Carta Magna dedujo los siguientes principios que presiden la concepción, funcionamiento y organización de este tipo de entes:

1. Las cooperativas y Cajas de Ahorro son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en el aspecto socioeconómico (artículo 70), así como mecanismos de fortalecimiento del desarrollo socioeconómico nacional (artículo 308).
2. El Estado reconoce, promueve y protege el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar acciones de carácter social y participativo, tales como las cooperativas y cajas de ahorro, debiendo la ley reconocer las especificidades de estos entes, en especial las relativas al acto cooperativo, a los fines de lograr el mejoramiento de la economía popular y alternativa (artículo 118)¹²⁹.

128 Exp. 0082. Cfr. *Revista de Derecho Público*, n.º 83, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2000, p. 444.

129 Ídem.

De ello, la Sala resolvió que las cajas de ahorros aparecen enmarcadas en la noción de organizaciones pertenecientes a la sociedad civil, en virtud de que cumplen un papel de intermediación entre los ciudadanos (sus miembros) y los órganos del poder público en los asuntos públicos en lo que respecta a la materia socioeconómica. En virtud de su participación en los ámbitos social y económico, la Sala determinó, además, que “ciertos aspectos en el funcionamiento de tales entes pueden estar sujetos al control de la jurisdicción contencioso electoral”, como

[S]ería el caso de que los propios representantes de la Caja de Ahorros, como organización de la sociedad civil, soliciten a los órganos del poder electoral apoyo en la organización de los procesos electorales para la escogencia de sus directivos, o bien que esta Sala, ante el ejercicio de un mecanismo procesal idóneo que evidencie (o constituya presunción grave de) la existencia de notables irregularidades en dichos procesos electorales que resulten de tal magnitud y trascendencia que excedan de la esfera jurídica privada, ordene a dichos órganos electorales intervenir en la realización de tales comicios (artículo 293.6 C.).

En conclusión, la Sala estableció que las cajas de ahorro, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 293.6 C.

[S]on organizaciones de la sociedad civil, pero además persiguen fines que trascienden el interés individual de cada uno de sus miembros, por cuanto aparecen concebidas constitucionalmente como instrumentos de participación ciudadana en lo económico y en lo social, razón por la cual los actos sustancialmente electorales de sus órganos, que resultan de la vigencia en su seno del principio de “control democrático”, son susceptibles de ser impugnados mediante los recursos contencioso electorales, pero igualmente pueden ser accionados por los interesados acudiendo a la vía de la acción de amparo autónomo, conforme a lo estatuido en los artículos 27 y 297 de la Constitución, en concordancia con el artículo 2.º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹³⁰.

B. LAS SOCIEDADES MERCANTILES

El artículo 1651 C.C. establece que si las sociedades revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, entonces adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio, el cual regula cuatro tipos básicos de sociedades

130 Ídem. Cfr. además, de la misma Sala Electoral, sentencia 149 del 24 de septiembre de 2002, caso Ángel García y otros vs. Superintendencia de Cajas de Ahorro, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2002, p. 226.

mercantiles: las sociedades anónimas, las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita (simple o por acciones) y las sociedades de responsabilidad limitada.

En todos esos casos, el contrato de sociedad entre los socios debe otorgarse por documento público o privado (art. 211 C.Co.) y debe registrarse en el registro que debe llevar o el tribunal mercantil respectivo o, si ha sido creado en la jurisdicción, el registro mercantil correspondiente, inscripción que luego debe publicarse en una publicación periódica (art. 212 C.Co.). El Código de Comercio, además, regula con detalle el contenido de las actas constitutivas y estatutos de las diversas formas de sociedades (arts. 213 a 215 C.Co.).

Muchas sociedades mercantiles, sin embargo, están sometidas a regulaciones y controles diversos, según la actividad económica que realicen. En tal sentido se destacan, por ejemplo, las sociedades bancarias y financieras y las sociedades de seguros, reguladas en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras¹³¹ y en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros¹³², en las cuales se regulan en detalle diversas condiciones para la constitución de las empresas, entre ellas, la autorización de las Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Seguros, respectivamente, así como los mecanismos de control que estas instituciones ejercen respecto de las mismas.

3. LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO (BASE PATRIMONIAL): LAS FUNDACIONES

Por último, dentro de la enumeración de las personas jurídicas de derecho privado que establece el artículo 19 C.C., se destacan las fundaciones, las universalidades de bienes dotadas de personalidad jurídica, es decir, los patrimonios destinados a un fin de utilidad general, y por tal razón protegido por el ordenamiento jurídico mediante la concesión de la personalidad jurídica.

Estas personas jurídicas están reguladas, como sujetos capaces de obligaciones y derechos, en el artículo 19.3 C.C. (“fundaciones lícitas de carácter privado”), con la precisión de que adquieren la personalidad, con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro del departamento o distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.

¹³¹ Ley general de bancos y otras instituciones financieras, Decreto Ley 1.526, *Gaceta Oficial* n.º 5.555, extra., del 13 de noviembre de 2001

¹³² Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, Decreto Ley n.º 1.545, *Gaceta Oficial* n.º 5.561, extra., del 28 de noviembre de 2001.

Se trata, por tanto, de personas jurídicas de derecho privado, o en la terminología del Código Civil, “de carácter privado”, pero que sólo pueden crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social (art. 20 C.C.). De allí el principio de que todas las fundaciones están sometidas a la supervigilancia del Estado, por intermedio de los respectivos jueces de primera instancia, ante los cuales deben rendir cuenta los administradores (art. 21 C.C.)¹³³.

Ahora bien, el elemento clave en la creación de una fundación es el elemento patrimonial: la fundación es un patrimonio afectado a un fin de utilidad pública dotado de personalidad, por lo cual no se concibe una fundación sin un patrimonio inicial, configurado por los aportes que los fundadores hacen al ente fundacional, y sin una organización propia, que precise la administración de ese patrimonio. Este aporte inicial se realiza, generalmente, a través de la figura de la donación, como una de las maneras de adquirir la propiedad sobre determinados bienes o derechos. Mediante ésta, el o los fundadores transfieren gratuitamente a la fundación que constituyen una cosa u otro derecho de su patrimonio (art. 1431 C.C.).

Las fundaciones privadas por tanto son, en principio, aquellas constituidas por particulares, es decir, aquellas cuyos fundadores han sido personas naturales o personas jurídicas de derecho privado particulares, y cuya dirección y administración se rige, como en toda fundación, por lo que dispongan sus estatutos, conservando los particulares, por supuesto, la dirección de la fundación. También se consideran fundaciones privadas, aquellas en cuya constitución, como fundadores, participen personas jurídicas estatales, siempre que sus aportes iniciales al patrimonio en bienes o cantidades sea inferior al 50% del patrimonio fundacional inicial. En efecto, al contrario, conforme al artículo 108 LOAP, las fundaciones se consideran fundaciones del Estado cuando en su acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al 50% (art. 108). De manera que son dos las condiciones que deben cumplirse acumulativamente para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que en su constitución participen entes públicos, y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo.

133 Cfr. en general, J. COLMENARES MARTÍNEZ, *Régimen legal de las personas jurídicas sin fines de lucro. Las fundaciones*, Valencia, 1995.

Como en toda fundación, el patrimonio de ésta es esencial a su creación, por lo que en el acto fundacional deben precisarse los aportes en bienes o derechos que hacen los fundadores, para configurar ese patrimonio. Además, como toda persona jurídica, el patrimonio inicial de la fundación puede ser incrementado, y quizás deba insistirse en esto, en el sentido de que en las fundaciones, precisamente por su finalidad, ese patrimonio inicial *debe ser* incrementado para el cumplimiento de los fines de utilidad pública. En esta forma, el patrimonio constituido con aportes iniciales de los fundadores, posteriormente puede incrementarse con donaciones de particulares o subsidios otorgados por entes públicos. En ambos casos, si se trata de fundaciones privadas, los subsidios recibidos después de su constitución del Estado, así sean de gran magnitud, no cambian la naturaleza privada de la fundación, aun cuando pueda ello dar origen a controles específicos, para vigilar la aplicación de los subsidios a los fines particulares del ente.

Como resulta de lo anterior, las fundaciones se constituyen o establecen mediante un negocio de derecho privado de carácter unilateral que es el acto de constitución o fundación, el cual puede ser adoptado tanto por personas naturales como por personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, estatales y no estatales. Por tanto, no sólo los particulares o las sociedades civiles o mercantiles pueden erigirse en fundadores de estas entidades, sino también las personas jurídicas de derecho público y, en general, las personas estatales.

En cuanto a la fundación privada, por otra parte, una vez constituida la misma, desde el momento en que ésta adquiere personalidad jurídica, queda desligada de los fundadores, pues se trata de una persona jurídica nueva y distinta respecto de quien o quienes la constituyeron, con una organización propia, regida por sus estatutos y dirigida conforme ellos lo determinen.

Por tanto, a partir del momento en el cual se protocoliza el acto fundacional, la fundación comenzará a actuar a través de los órganos que se establezcan en los estatutos respectivos. Por ello el Código Civil exige que en el acta constitutiva se indique expresamente “la forma en que será administrada y dirigida” (art. 19). Por supuesto, el fundador o los fundadores podrían incorporarse al esquema organizativo de la fundación, y aun administrarla y dirigirla, lo cual podrían hacer no por ser “fundadores”, sino porque así se establezca en el acto fundacional.

Ahora bien, para el derecho administrativo, las fundaciones tienen una especial importancia pues se trata de personas jurídicas que, aun cuando sean de derecho privado y puedan ser fundadas originalmente por particulares, realizan siempre funciones de utilidad general. Además, se trata de una forma jurídica frecuentemente utilizada por el Estado para la realización de sus propios fines de utilidad general. Es decir, el Estado y los diversos entes públicos que lo

componen con frecuencia actúan como fundadores, constituyendo y dirigiendo fundaciones que son, como se dijo, personas jurídicas de derecho privado.

Por otra parte, el Estado también efectúa, con frecuencia, donaciones de importancia a fundaciones constituidas y dirigidas por particulares, para el desarrollo de fines de utilidad general. Este aspecto también interesa al derecho administrativo, pues se trata de subvenciones administrativas, es decir, de la realización de una típica actividad administrativa de fomento a las actividades privadas (subsídios).

En uno u otro caso estamos en presencia de personas jurídicas de derecho privado que siempre realizan una actividad de utilidad pública y que, además, el Estado o las utiliza como instrumento directo de su acción o las subvenciona para fomentar actividades particulares. Por eso, diversos mecanismos se han establecido para que el propio Estado, como gestor del interés general, controle a las fundaciones. Este control, sin embargo, varía según la clase de fundación de que se trate.

Como se ha dicho, el control sobre las fundaciones está establecido en el Código Civil, en cuyo artículo 21 se establece:

Las fundaciones quedarán sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercerá por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores.

Al Estado, como gestor del interés general, le interesa que esos patrimonios destinados a esos fines coincidentes de utilidad general, cumplan su cometido. Por ello la “supervigilancia” de las fundaciones que se le atribuye.

Por supuesto, esta actividad del Estado es una típica tarea de orden administrativo, aun cuando se haya asignado la supervigilancia a los jueces de primera instancia en lo civil. Se trata, aquí, de una típica función administrativa realizada por órganos judiciales, que debe materializarse, inclusive, en actos administrativos, y no en sentencias.

Para el ejercicio de estas funciones de control del Estado sobre las fundaciones privadas, el Código Civil establece tres poderes fundamentales de estos jueces de primera instancia en lo civil:

1. Recibir la cuenta que los administradores deben rendir (art. 21 C.C.) conforme a los estatutos de la fundación y de acuerdo al ejercicio de la actividad económica de la misma, que se establezca.

2. Organizar la administración de la fundación o suplir las deficiencias que ocurran en dicha administración, con el propósito de mantener, en lo posible, su objeto, en caso de que por ausencia, incapacidad o muerte del fundador, o si por cualquiera otra circunstancia, no pudiese ser administrada la fundación de acuerdo con sus estatutos (art. 22 C.C.).

3. Disponer la disolución de la fundación, oída la administración de la misma, y pasar sus bienes a otra fundación o institución, siempre que se haya hecho imposible o ilícito su objeto (art. 23 C.C.).

Pero las fundaciones privadas, sometidas al control antes mencionado del Estado a través de los jueces de primera instancia en lo civil, pueden recibir subvenciones del Estado y, por esa vía, estar también sometidas a controles adicionales.

En efecto, dentro de las formas de la actividad administrativa se encuentra la actividad administrativa *de fomento*, es decir, la acción del Estado de carácter no coactivo, y que sin sustituir la actividad privada, estimulándola o promoviéndola logra canalizarla hacia los fines de utilidad general que le interesan.

Dentro de las medidas de fomento y que, quizás, son las más utilizadas en nuestro país, deben destacarse las medidas económicas, y entre ellas las subvenciones, a las cuales se hace referencia, en el ordenamiento presupuestario, como subsidio.

Efectivamente, en materia de regulación presupuestaria se identifica a la subvención pública con diversas formas de aportaciones, en dinero, de carácter no reintegrable, que la República hace a personas naturales y jurídicas para la realización de sus fines¹³⁴. Se trata de técnicas de fomento para auxiliar, ayudar, promover, favorecer o estimular actividades privadas, y que consiste en el otorgamiento de una ventaja económica a una persona jurídica que se traduce en la entrega de cantidades de dinero, de carácter no reembolsable, para su destino a una finalidad de interés general.

Ahora bien, el hecho de que una persona jurídica de derecho privado, como una fundación, reciba subsidios de la República previstos en la Ley de Presupuesto (Partida 80, Transferencias), ello no cambia, en absoluto y en forma alguna, la naturaleza jurídico privada de la fundación, aun cuando en general esto conlleva el establecimiento de ciertos mecanismos de control del cumplimiento de la finalidad a la cual se destina la subvención, que pueden ser de orden presupuestario y fiscal, consistentes básicamente en el suministro de

134 Estas subvenciones, conforme al Clasificador de Partidas del Presupuesto, p. ej., resolución n.º 25 del 28 de diciembre de 1979 de la Oficina Central de Presupuesto, en *Gaceta Oficial* n.º 2532, extra., del 31 de diciembre de 1979, son de dos tipos: becas (Partida 80, subpartida 820) y subsidios sociales y económicos (Partida 80, subpartidas 830 y 840). Las becas son “subvenciones acordadas” a personas naturales para seguir estudios (subpartidas 820); los subsidios sociales son “subvenciones destinadas al auxilio y estímulo de actividades de índole social realizadas por instituciones públicas o de carácter privado” (subpartida 830); y los “subsidios económicos” a empresas privadas son las “cantidades destinadas a auxiliar empresas y productores privados” (subpartida 842).

información a los entes públicos¹³⁵, y que implican: en primer lugar, la obligación legal impuesta a los directivos de las fundaciones privadas que reciban subsidios de la República de informar, a la Contraloría General de la República y al ministerio en cuyo presupuesto se haya previsto el subsidio, acerca del uso de las asignaciones requeridas; y en segundo lugar, la consecuencia del incumplimiento de esa obligación consistente en la eliminación del subsidio.

En cuanto a las funciones de control de la Contraloría General de la República en relación con las fundaciones privadas que reciban subsidios de los entes públicos, en todo caso, ellas se limitan a la vigilancia de los mencionados subsidios, a los efectos de que sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. En tal sentido, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en su artículo 67:

Los órganos de control fiscal externo están facultados, dentro de los límites de su competencia, para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por las entidades sometidas a su control a otras entidades públicas o privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. A tal efecto, podrán practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estimen convenientes.

Por tanto, puede decirse que las fundaciones privadas a las cuales la República o cualquier persona jurídica estatal otorguen *subsidios*, están sujetas al control de la Contraloría en cuanto a la vigilancia de que los mencionados subsidios sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron asignados. En tal sentido, el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos estatales, en la forma de transferencias, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad similar, están obligados a establecer un

¹³⁵ En efecto, p. ej., la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de 1981, *Gaceta Oficial* n.º 2713, extra., del 30 de diciembre de 1980., en su artículo 5.º estableció que “Las Instituciones de carácter privado que reciban subsidios en la presente Ley, quedan obligadas a informar semestralmente a la Contraloría General de la República y al Ministerio correspondiente, acerca del uso de las asignaciones requeridas. El incumplimiento de esta disposición acarreará la eliminación del subsidio”. En la Ley de Presupuesto para 1982, *Gaceta Oficial* n.º 2893, extra., del 23 de diciembre de 1981, se formuló este mecanismo de control en forma distinta, ya que se eliminó la obligación de informar impuesta directamente a los organismos privados subsidiados, y se la impuso a los organismos ordenadores de pago (art. 5.º). Por otra parte, como dato en la evolución legislativa, debe señalarse que la Ley de Presupuesto Anual para 1981 estableció, en su artículo 22, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley, de la manera siguiente: “El incumplimiento de los deberes establecidos en esta ley dará lugar a que la Contraloría General de la República inicie la correspondiente averiguación a los fines de la determinación de la responsabilidad administrativa de los infractores”.

sistema de control interno y a rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión. Los administradores que incurran en irregularidades en el manejo de estos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y sanciones previstas en dicha ley. Por ello, conforme al artículo 9.º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, están sujetos a las disposiciones de la ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, entre otras, las personas naturales o jurídicas que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos (ord. 12.º). En consecuencia, los “particulares” que administren fundaciones que reciban fondos del Estado, pueden ser objeto de investigaciones por la Contraloría cuando surjan indicios de que han incurrido en errores, omisiones o negligencias en la administración de los subsidios, a los efectos de su aplicación a las finalidades para las cuales se efectuaron, y dichas investigaciones pueden conducir a que se dicte un auto de responsabilidad administrativa en relación con dichos particulares.

§ 7. *Las personas jurídicas estatales*

La distinción entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas no estatales, como se dijo, obedece al criterio de la integración o no del ente respectivo a la estructura general del Estado, es decir, a su organización administrativa descentralizada, o si se quiere, al sector público, independientemente de la forma de su creación y de las prerrogativas y privilegios del poder público que puedan tener o no atribuidas.

En esta forma, la mayoría de las personas jurídicas de derecho público, pero no todas, son personas jurídicas estatales; y algunas de las personas jurídicas de derecho privado, la minoría, son también personas jurídicas estatales, en el sentido de que forman parte del sector público¹.

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO ESTATALES

Ante todo, son personas jurídicas estatales las personas jurídicas de derecho público político territorial, es decir, la República, los estados, los municipios, el Distrito Capital y los territorios federales. Las mismas constituyen la columna vertebral de la organización del Estado en sus tres niveles territoriales, conformando el mapa de la división político territorial del mismo. La organización administrativa a través de la cual actúan constituye básicamente el ámbito de la Administración Pública central.

En cuanto a las otras comunidades públicas que con base corporativa (corporaciones de derecho público) son personas de derecho público, no todas ellas son personas jurídicas estatales, en el sentido de que no todas forman parte de la organización general del Estado, ni por tanto del sector público. En particular, ni las comunidades indígenas ni las comunidades religiosas (Iglesias) pueden considerarse estatales. En cambio, las comunidades universitarias nacionales (universidades nacionales) sí son personas jurídicas estatales, pues integran la organización administrativa del Estado, como entidades descentralizadas.

PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

- De derecho público
 - Base corporativa (sustrato personal)
 - Corporaciones de derecho público
 - Comunidades públicas
 - Comunidades políticas: personas político territoriales

1 Cfr. en general, INGRID CANCELADO RUÍZ, “Las personas jurídicas que conforman el sector público (Su clasificación y tratamiento jurídico frente al sector privado)”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 14, Caracas, Edit. Sherwood, 2002, pp. 31 a 77.

- Comunidades universitarias: universidades nacionales
- Asociaciones de derecho público
 - Mancomunidades
 - Asociaciones intergubernamentales
- Base patrimonial (sustrato real)
 - Instituciones de derecho Público
 - Institutos autónomos
 - Banco Central de Venezuela
- De derecho privado
 - Base corporativa (sustrato personal)
 - Asociaciones de derecho privado
 - Sociedades civiles del Estado
 - Empresas del Estado (sociedades mercantiles del Estado)
 - Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA)
 - Base patrimonial (sustrato real)
 - Fundaciones del Estado

En cuanto a las corporaciones públicas, las corporaciones profesionales (colegios profesionales) y las corporaciones académicas (academias nacionales), no forman parte de la organización del Estado ni están sometidas a ningún control de tutela por parte de los órganos de la Administración central. Por tanto, no forman parte de la organización administrativa del Estado, por lo que no son personas jurídicas estatales.

En cuanto a las asociaciones de derecho público, es decir, las mancomunidades y las otras formas derivadas de las asociaciones intergubernamentales, sin duda, forman parte de la organización general del Estado en los niveles territoriales inferiores.

En cuanto a las personas de derecho público de base patrimonial (real) las mismas, integradas por las instituciones de derecho público, es decir, en general los institutos autónomos, sea cual sea la forma que tengan, y en particular, el Banco Central de Venezuela, son personas jurídicas estatales, que integran la Administración Pública descentralizada funcionalmente del Estado (*Tercera parte*, § 10).

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO ESTATALES

Por lo que respecta a las personas jurídicas de derecho privado, las mismas pueden ser o estatales o no estatales, según se constituyan o no por entes pú-

blicos y estén o no integradas a la Administración descentralizada del Estado con forma de derecho privado.

Sin embargo, por lo que respecta a las personas jurídicas de derecho privado de base corporativa que constituyen comunidades privadas, como las políticas (partidos políticos), las laborales (sindicatos) y las universitarias (universidades privadas), las mismas no son en forma alguna personas jurídicas estatales, pues no están integradas en forma alguna a la estructura general del Estado ni de su Administración Pública).

En cambio, de base corporativa, como se ha dicho, el Estado utiliza con frecuencia la figura de las asociaciones de derecho privado, en particular constituyendo sociedades civiles (sociedades del Estado) y sociedades mercantiles (empresas del Estado), incluso con único accionista (Petróleos de Venezuela); y de base patrimonial, con frecuencia, el Estado ha recurrido a la creación de fundaciones (fundaciones del Estado); todas las cuales, al estar integradas en la estructura general de la organización del Estado, se consideran personas jurídicas estatales.

Estas personas jurídicas de derecho privado estatales, por otra parte, pueden tener conforme a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público carácter empresarial o no, a cuyo efecto el artículo 7.º considera como “entes descentralizados funcionalmente, sin fines empresariales”, a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado “que no realizan actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República”; en cambio, considera como “entes descentralizados con fines empresariales aquéllos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esa actividad”, como las sociedades mercantiles del Estado (*Tercera parte*, § 10).

En todo caso, la constitución y el funcionamiento de dichos entes: las empresas del Estado, las asociaciones civiles del Estado y las fundaciones del Estado, como parte de la Administración Pública descentralizada, han sido objeto de regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2002, cuyas normas, por la especialidad, privarían sobre las de la Ley de la Administración Financiera del Sector Público.

I. LAS SOCIEDADES CIVILES DEL ESTADO (NACIONALES)

El artículo 113 LOAP define a las asociaciones y sociedades civiles del Estado como aquéllas en las cuales la República o algún ente descentralizado funcionalmente nacional posea el 50% o más de las cuotas de participación, y aquéllas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción, por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, por tanto, no regula las sociedades civiles del Estado que puedan constituir los estados, municipios o distritos metropolitanos.

La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado debe estar autorizada por el Presidente de la República mediante decreto, o a través de resolución dictada por el máximo jerarca del ente descentralizado funcionalmente, que participe en su creación (art. 114). El acta constitutiva de las sociedades civiles del Estado debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas (arts. 114 y 111).

Las sociedades civiles del Estado adquieren personalidad jurídica con la protocolización de su Acta Constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (art. 114). Dicha acta constitutiva y estatutos de las sociedades civiles del Estado deben ser publicados en la *Gaceta Oficial* de la República, con indicación de los datos de registro (arts. 114 y 110).

Estas asociaciones civiles del Estado, en general, también se rigen por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la Ley Orgánica (arts. 114 y 113)².

2. LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO

A. LAS EMPRESAS DEL ESTADO

El artículo 100 LOAP define a las empresas del Estado como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los

2 En consecuencia, con la Ley Orgánica de la Administración Pública quedaron derogadas parcialmente las normas del Decreto Ley 677 del 21 de junio de 1985. Con anterioridad, el carácter de empresa del Estado derivaba de la expresión “empresas en las cuales el Estado (es decir, las personas jurídicas estatales) tenga participación decisiva”, la cual había sido precisada legislativamente en diversas leyes, aun cuando de manera no uniforme, al establecerse que esa participación debía ser mayor del 50% del capital social o igual o mayor al 50% del capital social. Por otra parte, es de destacar que conforme a las derogadas leyes orgánicas de Régimen Presupuestario, de Crédito Público, y de Salvaguarda del Patrimonio Público, se consideraban empresas del Estado, no solo aquellas en primer grado, es decir, en las que las personas estatales tuvieran la participación mayoritaria en el capital, sino las otras empresas en las cuales las empresas del Estado tuvieran dicha participación (arts. 1.5 y 2.3 y 4.5 respectivamente). Incluso, en las derogadas leyes orgánicas de Régimen Presupuestario y de Salvaguarda del Patrimonio Público expresamente se regulaba la figuras del *holding* público como empresa del Estado, definida como “sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía” (arts. 1.4 y 4.4, respectivamente).

municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social³. Con esta definición quedaron superados todos los erráticos intentos de definición de las empresas del Estado fundados en criterios procesales (competenciales) que caracterizó la jurisprudencia de la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, conforme a las previsiones de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁴.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, en consecuencia autoriza a la República, a los estados, a los municipios, a los distritos metropolitanos, para constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (art. 103).

La creación de las empresas del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores y los alcaldes según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley (art. 101).

Estas empresas del Estado pueden constituirse con un único accionista⁵, estableciéndose así, en el artículo 104 LOAP, la excepción al régimen del contrato de sociedad que establece el Código de Comercio para la constitución de socie-

3 Cfr. en general, sobre las empresas públicas, JESÚS CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el derecho venezolano*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 288 a 295; JESÚS CABALLERO ORTIZ, "La noción de empresas públicas y de empresa del Estado en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 33 a 36; JESÚS CABALLERO ORTIZ, "Desarrollo del sector empresarial público en Venezuela", *Revista de Control Fiscal*, n.º 101, Caracas, Contraloría General de la República, 1981, pp. 67 a 105; ENRIQUE VILORIA, "Las Empresas Públicas Venezolanas: Aspectos más relevantes", *Revista de Control Fiscal*, n.º 100, Caracas, Contraloría General de la República, 1981, pp. 45 a 57; ENRIQUE VILORIA, "La organización del sector empresarial público", *Revista de Derecho Público*, n.º 4, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1980, pp. 19 a 26; ENRIQUE VILORIA, "Las formas jurídicas de las empresas públicas", *Revista de Derecho Público*, n.º 14, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1983, pp. 57 a 72; ENRIQUE VILORIA, "Las formas jurídicas de las empresas públicas en Venezuela", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXXIX, n.º 93 y 94, Caracas, 1983, pp. 115 a 136; ENRIQUE VILORIA, "Análisis de la experiencia del holding de empresas públicas con especial referencia al caso venezolano", *Revista de Control Fiscal*, n.º 79, Caracas, Contraloría General de la República, 1975, pp. 7 a 53; ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967; id., *Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Caracas, Edit. Arte, 1980; id., "Introducción al estudio del Régimen Legal de las Empresas Públicas en Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 21, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1975-1976, pp. 83 a 144.

4 Cfr. sobre esta definición, la sentencia de la Sala Constitucional 2724 del 18 de diciembre de 2001, caso Impugnación del artículo 2.º ordinal 9.º de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios o empleados de la Administración Pública nacional, de los Estados y de los municipios (consultada en original). Cfr. el estudio pormenorizado de toda la evolución jurisprudencial en la materia, en la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de abril de 2003, caso Leonardo Segundo Cenci E. vs. Gobernación del Estado Táchira, *Revista de Derecho Público*, n.º 93 a 96, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 2003, pp. 473 y ss.

5 Cfr. BREWER-CARÍAS, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, cit., pp. 115 y ss.

dades mercantiles. Esta es una innovación en la legislación, ya que las sociedades, en principio, requieren de la participación de dos o más accionistas dado que surgen de un contrato de sociedad. Con anterioridad sólo se destacaba el caso de la constitución de Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA), con la República como única persona accionista⁶; luego, con motivo de la transformación de dos institutos autónomos, el Instituto Venezolano de Petroquímica y la Corporación Venezolana del Petróleo, las leyes respectivas dispusieron la constitución de las empresas Intevep S. A. y Corpoven S. A., como filiales de Petróleos de Venezuela S. A., esta empresa como única accionista, en el mismo sentido que ha sido única accionista de las diversas empresas operadoras nacionalizadas de la industria petrolera que se constituyeron a partir de 1975.

Ahora bien, conforme a las regulaciones generales de la Ley Orgánica, las empresas del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (art. 101).

Conforme al artículo 102 LOAP, todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación deben insertarse en la *Gaceta Oficial* de la República o en el correspondiente medio de divulgación oficial de los estados, de los distritos metropolitanos o de los municipios.

Con el cumplimiento de esta obligación la Ley Orgánica de la Administración Pública considera satisfechas las exigencias previstas en el Código de Comercio, sin perjuicio de que la publicación pueda hacerse también en otros medios de comunicación si así lo estima conveniente la empresa. En este último supuesto, debe dejarse constancia del número y fecha de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de divulgación oficial, estatal, del distrito metropolitano o municipal en el cual se hizo la publicación legal (art. 102).

Cuando varias empresas del Estado operen en un mismo sector, o requieran una vinculación aunque operen en diversos sectores, el Presidente de la República, el gobernador y el alcalde correspondiente pueden crear empresas matrices tenedoras de las acciones de las empresas del Estado y de las empresas mixtas correspondientes, sin perjuicio de que los institutos autónomos puedan desempeñar igual función (art. 105).

6 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela*, vol. III, 1972-1979, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 407 y ss.

En todo caso, corresponde al ministro u órgano de adscripción, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según corresponda, la representación del órgano respectivo en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas del Estado que se encuentren bajo su tutela (art. 120).

En los casos de empresas del Estado nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales con un único accionista, el artículo 104 LOAP dispone que los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere la Ley Orgánica de la Administración Pública, que sean titulares de las acciones en forma unilateral, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio ni las relacionadas con la publicación a que se refiere esta ley.

De forma que, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, las empresas del Estado se rigen por la legislación ordinaria, particularmente, la establecida en el Código de Comercio, salvo lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública. En el caso de las empresas del Estado creadas por ley nacional también se deben regir igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley (art. 106). Además, evidentemente, la consecuencia de que una persona jurídica societaria de derecho privado se considere legalmente como empresa del Estado, independientemente de la actividad económica que realice, es que la misma, además de regirse por el régimen establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en el Código de Comercio respecto del régimen de las sociedades anónimas, queda sometida al régimen legal de los organismos gubernamentales o del sector público. Por tanto, estas empresas, en principio, quedan sometidas a las normas sobre régimen presupuestario, sobre crédito público y, en general, sobre Administración Financiera contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera, como las relativas a la salvaguarda del patrimonio público contenidas en la Ley contra la Corrupción, y las relativas al manejo y gestión del sector público, como las normas sobre control fiscal⁷, y las normas sobre contratación administrativa, tanto sobre selección de contratistas como sobre cláusulas de condiciones generales.

Pero además de poder constituir empresas del Estado, tanto la República como los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y los entes a que se refiere la Ley Orgánica de la Administración Pública pueden tener participación en todo

7 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, Ley 59, *Gaceta Oficial* n.º 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

tipo de sociedades, suscribir o vender acciones e incorporar nuevos accionistas del sector público (art. 103). En los casos de procesos de privatización se debe seguir el procedimiento establecido la Ley de Privatización de 1997 (art. 103)⁸.

El ministerio o el órgano estatal o municipal competente en materia presupuestaria debe llevar un registro de la composición accionaria de las empresas donde el Estado tenga participación en su capital social, y remitir semestralmente copia del mismo a la comisión correspondiente de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos, de los cabildos metropolitanos o de los concejos municipales, dentro de los primeros treinta días del semestre siguiente (art. 107).

B. PETRÓLEOS DE VENEZUELA S. A. (PDVSA)

Entre las empresas del Estado, constituida como sociedad anónima de capital público, aportado su capital íntegramente por la República, como único accionista, debe mencionarse especialmente a Petróleos de Venezuela S. A., no sólo porque fue creada como consecuencia del mandato dispuesto en la antes mencionada Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975⁹, sino porque además, a partir de 1999, tiene rango constitucional.

En efecto, el artículo 303 C. dispone que “por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S. A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S. A.”.

Se establece, en esta forma, el carácter de dominio público, y por tanto inalienable, de las acciones de la República en la empresa matriz petrolera, Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA); declaración que, sin embargo, el constituyente expresamente no formuló respecto de las acciones que la propia República o PDVSA puedan tener en filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier

8 Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 5199, extra., del 30 de diciembre de 1997. Cfr. en general, sobre Petróleos de Venezuela, ALLAN R. BREWER-CARIÁS, “Consideraciones sobre el régimen jurídico administrativo de Petróleos de Venezuela, S.A.”, *Revista de Hacienda* n.º 67, Caracas, 1977, pp. 79 a 99; id., “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela”, cit., vol. III, t. I, pp. 407 a 491; y en MARCOS KAPLAN (coord.), *Petróleo y desarrollo en México y Venezuela*, México, UNAM, 1981, pp. 333 a 432; ALLAN R. BREWER-CARIÁS, “El proceso jurídico organizativo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n.º 58, Caracas Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 53 a 88; id., “El carácter de Petróleos de Venezuela, S.A. como instrumento del Estado en la industria petrolera”, *Revista de Derecho Público*, n.º 23, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1985, pp. 77 a 87.

9 *Gaceta Oficial* n.º 1.769 del 29 de agosto de 1975.

otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de la industria.

Petróleos de Venezuela S. A., sin embargo, aun habiendo sido constitucionalizada, continúa siendo una empresa del Estado, sometida preponderantemente a un régimen de derecho privado en tanto que sociedad anónima. Como lo ha señalado la sala Constitucional del Tribunal Supremo:

Petróleos de Venezuela S.A. y sus compañías filiales tienen un régimen legal que permite diferenciarlas claramente, no sólo de la Administración Pública centralizada y de los institutos autónomos, sino también de otras empresas del Estado. Por tanto, esta Sala debe concluir que la identificación de la naturaleza jurídica de dichas compañías como personas estatales con forma jurídica de derecho privado, plantea, sin duda, como consecuencia, que el régimen jurídico aplicable a las mismas sea un régimen mixto, tanto de derecho público como de derecho privado, aun cuando sea preponderantemente de derecho privado, debido a su forma, pero no exclusivamente, dado que su íntima relación con el Estado, las somete a las reglas obligatorias de derecho público dictadas para la mejor organización, funcionamiento y control de ejecución de la Administración Pública, por parte de los órganos que se integran a ésta o coadyuvan al logro de sus cometidos¹⁰.

3. LAS FUNDACIONES DEL ESTADO

Conforme al artículo 108 LOAP, son fundaciones del Estado los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al 50% (art. 108).

Dos son, por tanto, como se ha dicho, las condiciones para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que se constituya por un ente público, y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo. Ambas condiciones deben cumplirse acumulativamente. En consecuencia, si en la constitución de

¹⁰ Cfr. la sentencia 464 del 18 de marzo de 2002, caso Interpretación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000, mediante el cual se suspende por 180 días la negociación de la Convención Colectiva del Trabajo, *Revista de Derecho Público*, n.º 89 a 92, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, pp. 218 y ss. Cfr. en general, ISABEL BOSCÁN DE RUESTA, "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de Petróleos de Venezuela, S.A.", *Revista de Derecho Público*, n.º 9, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 55 a 60.

una fundación no participa un ente público, la fundación no puede considerarse como fundación del Estado, así posteriormente reciba aportes y subvenciones estatales. Por otra parte, aun si en la constitución de la fundación participa un ente público, si en el patrimonio fundacional *inicial* no hay un aporte del Estado mayor al 50% del mismo, tampoco se puede considerar a la fundación como fundación del Estado.

La creación de las fundaciones del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores o los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución (art. 109).

Las fundaciones del Estado adquieren personalidad jurídica conforme al artículo 19 C.C. con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República o del medio de publicación oficial estatal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación.

En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que deben ser dirigidas y administradas (art. 111).

El acta constitutiva, los estatutos y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado deben ser publicados en la *Gaceta Oficial* de la República o en el respectivo medio de publicación oficial, estatal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro (art. 110).

Corresponde al ministro u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo ejercer, según proceda, la representación del órgano respectivo en los órganos correspondientes de las fundaciones del Estado que se encuentren bajo su tutela (art. 120).

Conforme lo indica el artículo 112 LOAP, las fundaciones del Estado se rigen por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública o en otras leyes¹¹.

11 La LOAP, en consecuencia, derogó parcialmente el Decreto Ley 677 del 21 de junio de 1985 que estableció las normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas, *Gaceta Oficial* n.º 3574, extra., del 21 de junio de 1985. Cfr., en general, ALLAN R. BREWER-CARIÁS, "El régimen de las fundaciones en el Decreto n.º 41 del 14 de diciembre de 1984", *Revista de Derecho Público*, n.º 20, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1984, pp. 96 y ss.

III. EL CONTROL ESTATAL SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES: LA POTESTAD DE ADSCRIPCIÓN Y EL CONTROL DE TUTELA

A los efectos de implementar el control de tutela sobre los entes descentralizados, todo instituto autónomo, empresa o fundación, asociaciones y sociedades civiles del Estado se tiene que encontrar adscrito a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente y, en ningún caso puede quedar adscrito al despacho del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, del gobernador o del alcalde (art. 116).

A tal efecto, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la adscripción de los institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado a los órganos de la Administración Pública central nacional. En dicho decreto, el Presidente, conforme se establece en el artículo 115 LOAP, puede:

1. Determinar el ministerio de adscripción en los casos en que ello no se encuentre previsto en la ley o acto jurídico de creación del ente descentralizado funcionalmente.
2. Variar la adscripción del ente descentralizado funcionalmente que se encuentre prevista en su correspondiente ley o acto jurídico de creación, de acuerdo a las reformas que tengan lugar en la organización ministerial, y atendiendo, en especial, a la creación o supresión de los ministerios o cambios en sus respectivas competencias.
3. Variar la adscripción de las acciones de uno a otro órgano, o transferir sus acciones a un instituto autónomo o a otro ente descentralizado funcionalmente.
4. Fusionar empresas del Estado y transformar en éstas o en servicios autónomos sin personalidad jurídica, las fundaciones del Estado que estime conveniente.

De acuerdo con el artículo 118 LOAP, en el mes de enero de cada año los ministerios y órganos de adscripción nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales deben publicar en la *Gaceta Oficial* de la República o en el medio oficial que corresponda la lista de los entes descentralizados adscritos o bajo su tutela, con indicación del monto de la participación, si se tratare de una empresa del Estado y de la conformación de su patrimonio, si se tratare de un instituto autónomo o una fundación del Estado. Igualmente deben indicar los entes que se hallen en proceso de privatización o de liquidación. Este decreto, por tanto, puede considerarse que tiene valor de ley por el poder derogatorio que tiene respecto de las leyes, por ejemplo, la Ley sobre adscripción de insti-

tutos Autónomos y Fundaciones del Estado dictada por Decreto Ley 370 del 5 de octubre de 1999¹².

Debe señalarse, por otra parte, que la Ley Orgánica de la Administración Pública no regula la potestad de determinar la adscripción de los entes descentralizados funcionalmente en los estados, municipios o distritos metropolitanos, por lo que debe aplicarse analógicamente el régimen anterior, en cuanto que tal atribución corresponde a la autoridad ejecutiva de mayor jerarquía.

En todo caso, los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen las siguientes atribuciones generales indicadas en el artículo 117 LOAP:

1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias.
2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control.
3. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda.
4. Informar trimestralmente al organismo u órgano, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes.
5. Proponer al presidente de la República, gobernador, o alcalde, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas.
6. Las demás que determinen las leyes nacionales, estatales y las ordenanzas y sus reglamentos.

Conforme al artículo 119, el ministerio u órgano de control, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, a cargo de la coordinación y planificación deben determinar los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño institucional de los entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con el reglamento respectivo.

Como instrumento del control de tutela sobre el desempeño institucional de los entes descentralizados, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública se deben suscribir compromisos de gestión entre

¹² Cfr. *Gaceta Oficial* n.º 36.889 del 10 de febrero de 2000.

entes descentralizados funcionalmente y el respectivo ministerio u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, según el caso (art. 119).

Dichos compromisos de gestión se regulan detalladamente en los artículos 129 y siguientes LOAP, como se señala más adelante.

El artículo 121 LOAP obliga a los entes descentralizados funcionalmente a informar al ministerio u órgano de adscripción, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, acerca de toda participación accionaria que suscriban y de los resultados económicos de la misma.

Además, los administradores de los entes descentralizados funcionalmente deben remitir anualmente a los ministerios u órganos de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal correspondientes el informe y cuenta de su gestión (art. 121).

Por último, debe indicarse que las empresas y las fundaciones del Estado también pueden ser objeto de intervención, supresión y liquidación de conformidad con las normas previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil.

En todo caso, el Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, mediante decreto o resolución correspondiente, debe dictar las reglas que estime necesarias a los fines de la intervención, supresión o liquidación de las entidades mencionadas y debe designar a las personas encargadas de ejecutarlas.

La personalidad jurídica de las entidades descentralizadas funcionalmente debe subsistir para los fines de la liquidación, hasta el final de ésta (art. 128).

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, constituye objeto del derecho administrativo el régimen jurídico tanto de las personas jurídicas de derecho público como de las personas jurídicas estatales.

En *primer lugar*, el carácter público de la persona jurídica, derivado de la forma de su creación y de la atribución a la misma, en general, de prerrogativas del poder público, lo cual lleva a que el régimen de dichas personas jurídicas en cuanto a su organización y funcionamiento sea un régimen propio del derecho administrativo pues, además, en general, la actividad que realizan se puede considerar actividad administrativa.

En *segundo lugar*, el carácter estatal de la persona jurídica, derivado de la integración del ente a la organización general del Estado, es decir, a la organización administrativa del mismo, lleva a que el régimen de dichas personas jurídicas, si bien en general sea el del Código Civil y el del Código de Comercio, en cuanto a su organización y funcionamiento sea un régimen con regulaciones esenciales propias del derecho administrativo.

De allí la importancia que tiene para el derecho administrativo el tema de la personalidad jurídica.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en enero de 200*

Se compuso en caracteres Ehrhardt de 11,5 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post tenebras spero lucem