

**REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DEL
“ACTO ADMINISTRATIVO” EN VENEZUELA**



**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo**

**REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE
“ACTO ADMINISTRATIVO” EN VENEZUELA**

Autor: Jesús María Alvarado Andrade

Tutor: Dr. Antonio Canova González.

Caracas, 2011

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE
“ACTO ADMINISTRATIVO” EN VENEZUELA

Autor: Jesús María Alvarado Andrade

Tutor: Dr. Antonio Canova González

Fecha: Diciembre 2011

RESUMEN

El propósito fundamental de este trabajo es procurar una crítica a la histórica construcción de la definición del “acto administrativo” que ha propuesto la doctrina y jurisprudencia *iuspublicista* venezolana durante el desarrollo de los estudios del Derecho Administrativo en el siglo XX y principios del siglo XXI.

Para ello se establecieron los siguientes objetivos específicos: a) identificar qué se entiende por “acto administrativo” a través de una aproximación histórica; b) analizar las concepciones del “acto administrativo” en la jurisprudencia y doctrina venezolana; c) estudiar la definición del “acto administrativo” en la vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos mostrando su insuficiencia; d) señalar los criterios orgánicos, materiales y mixtos que la jurisprudencia y la doctrina venezolana han sostenido para caracterizar al “acto administrativo”; e) identificar qué se entiende por “función” del Estado y “función administrativa” como conceptos empleados por la doctrina y jurisprudencia en Venezuela en la definición de “acto administrativo”; f) analizar qué se entiende por “actividad administrativa” haciendo hincapié en la identificación de ésta dentro de las “actividades estatales”; g) evaluar las consecuencias negativas que la *vis*

expansiva de la noción “acto administrativo” tiene respecto a la libertad de los ciudadanos; h) evaluar la posible inconstitucionalidad de las concepciones (propuestas) amplias respecto del “acto administrativo”, en el sentido de que directamente pueden ser relacionables con el incremento de las prerrogativas de las Administraciones Públicas y la merma de la libertad de los ciudadanos; i) apreciar qué se entiende por “ejecutividad” de los “actos administrativos” y por “ejecutoriedad” de los “actos administrativos” como *conditio sine qua non* de la noción del “acto administrativo” y por último; j) exponer las diferencias entre “acto administrativo” y “reglamento”.

Las principales interrogantes del presente trabajo son las siguientes: ¿Qué puede entenderse por “acto administrativo”?; ¿cuáles son las características de la noción “acto administrativo”?; ¿es cierto que la noción “acto administrativo” está asociada estrictamente al ejercicio de la “función administrativa”?; ¿es correcto construir una noción de “acto administrativo” que parta del sólo dato de la necesidad de la consecución del “interés general” de las Administraciones Públicas?; ¿es correcto emplear el vocablo “acto administrativo” para designar cualquier tipo de manifestación de la “actividad administrativa”?; ¿es cierto que todos los órganos que ejercen el Poder Público dictan “actos administrativos”? y por último –entre otras– ¿Qué tipo de “actos administrativos” dictan los demás órganos que ejercen el Poder Público distintos al Ejecutivo?

La metodología empleada fue la de la investigación documental y se utilizó la técnica de la revisión crítica de la problemática planteada a través de la integración y evaluación de la información teórica y empírica que versa sobre el tópico investigado.

DESCRIPTORES: Constitución, Acto Administrativo, Función Administrativa, Actividad Administrativa, Poder Público, Actividades Estatales, Ejecutoriedad, Ejecutividad, Administración Pública e Interés General.

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE “ACTO ADMINISTRATIVO” EN VENEZUELA¹

¹ Cumpliendo con lo dispuesto en los Reglamentos del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en el tiempo correspondiente se entregó un Proyecto de Trabajo Especial de Grado el cual fue aprobado en la sesión del 29 de Julio de 2008 por la Comisión de Estudios de Postgrado bajo el punto 8.3. Es de hacer notar que hubo una muy ligera variación en el título del trabajo por la redimensión que sufrió el proyecto en esta versión final del trabajo especial de grado. (Cfr. p. 6 del Acta Respectiva). Dicho trabajo especial de grado, de la misma manera cumpliendo con lo dispuesto en los Reglamentos del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, se entregó en el mes de Julio de 2010, en el plazo correspondiente que exigen los reglamentos.

“...El Derecho Administrativo francés ha insertado su raíz jurídica en el acto administrativo y allí se ha implantado sólidamente. Desde los orígenes es el acto lo que ha sido el objeto de reclamaciones y recursos. Por razones políticas no fue el funcionario directamente responsable, sino que ha sido el propio acto, considerado en sí, quien ha respondido de su validez; se hace el proceso al acto como en la Edad Media se hacía proceso al cadáver”.

MAURICE HAURIOU

“...En esta materia como en otras muchas en nuestro derecho público, la doctrina se ha limitado a recibir una serie de principios sin someterlos a la menor crítica o examen, dando lugar a incorrecciones. El problema proviene fundamentalmente de la grandísima amplitud que se le da a tales nociones y particularmente a la de acto administrativo”.

GONZALO PÉREZ LUCIANI

DEDICATORIA

A mi madre, MARÍA AUXILIADORA ANDRADE, quien me guía siempre por el camino de la perfectibilidad, siendo siempre el sostén de todos mis valores espirituales, morales e intelectuales, pues con su temple, abnegación, amor e inteligencia me ubica siempre en el lado de lo correcto, en procura siempre del saber y del respeto;

Al Profesor ANTONIO CANOVA G. quien con su vasto conocimiento en el complejo mundo del derecho público, me adentró en una visión profunda y crítica que jamás por si sólo hubiera podido yo imaginar; enseñándome y estimulándome en clases y fuera de ellas, para que cada día me comprometa más en los estudios del Derecho Administrativo y en su verdadera finalidad: la Libertad.

A mi abuela ANA LUCÍA, por estar allí siempre, ofreciéndome cariño, paciencia, amor y toda la dedicación inimaginable que cualquier nieto envidaría;

A mis tías: MARIANELA, MARIALUISA y ANA, por todos los valores, los especiales esfuerzos y el amor que han contribuido a mi formación;

A mi inseparable hermana LUISA FERNANDA, siempre tan inteligente y lectora de mis trabajos y a mi querida y bella ANDREA CAROLINA MARTÍNEZ C., por su amor, y por sus constantes estímulos y apoyos, que terminan siendo un factor determinante en las cosas que hago últimamente.

AGRADECIMIENTOS

Al Profesor Dr. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS, fuente inagotable de sabiduría, constancia, rectitud, trabajo y de estudio riguroso, quien con su ejemplo y sus atenciones para conmigo me ayudó a estudiar en serio esta difícil disciplina del Derecho Administrativo dándome el tiempo y las orientaciones necesarias para este trabajo intelectual;

A mis admirados profesores: Dr. ANTONIO CANOVA, Dr. GUSTAVO GRAU FORTOUL, Dr. GUSTAVO URDANETA TROCONIS, Dr. GERARDO FERNÁNDEZ VILLEGAS, Dr. VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE, Dr. HUMBERTO BRICEÑO LEÓN, Dra. ANA MARÍA RUGGIERI y Dr. LUIS ORTÍZ ÁLVAREZ por las atenciones y el estímulo en clases y extra muros, y por permitirme poder compartir y aprender tanto de ellos.

A mi profesor Dr. GUSTAVO GRAU FORTOUL, quien leyó íntegramente el trabajo especial de grado, y conversó detenidamente y de forma crítica conmigo sobre aspectos neurálgicos del mismo, lo que permitió mejorar sustancialmente lo escrito.

A mis amigas FRANCIS GIL y ARELIS TORRES, de BAUMEISTER & BREWER. ABOGADOS CONSULTORES, por toda la inmensa ayuda y apoyo que me facilitaron en la preparación de este trabajo especial de grado, sin lo cual hubiese sido imposible concluir.

INTROITO

La definición de “acto administrativo” en Venezuela, ha deparado toda suerte de discusiones doctrinarias no del todo pacíficas. Valga decir, que ésta ha sido objeto de discusiones en los foros académicos, en desmedro quizás de otras instituciones del derecho administrativo que requieren también de similar esfuerzo, para así adaptarse a los cambios que demanda la sociedad, cada vez mas capitalista, globalizada y tecnológica.²

A pesar de ese carácter controversial, la definición de “acto administrativo” figura en casi todos los tratados, manuales y revistas jurídicas especializadas en el derecho administrativo general en Venezuela, y la evidencia muestra que en la definición de “acto administrativo” que la doctrina y jurisprudencia ofrece, se asoma una concepción por entero de la disciplina³, haciendo observar que también en la definición del derecho administrativo se asoma por entero una particular noción del “acto administrativo”, la cual se analizará en el presente trabajo.

De hecho, suele afirmarse, que la definición de “acto administrativo” por parte de la doctrina nacional se encuentra sujeta a un hecho paradójico, cual es, la

² Tal y como sostiene Miguel REALE “... el derecho corresponde a una exigencia esencial e insoslayable de una convivencia ordenada pues ninguna sociedad podría subsistir sin un mínimo de orden, de dirección y solidaridad. Es ésta la razón por la cual Santi Romano, cansado de ver el Derecho concebido como mera regla o mandato, lo concibió previamente como “realización de convivencia ordenada.”” Cfr. Miguel REALE, *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1989, p. 19 y 20.

³ Cfr. José María BOQUERA OLIVER “Criterio conceptual de Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n° 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, pp. 121-154.

fidelidad a los dogmas de la jurisprudencia nacional y de ciertas corrientes doctrinarias comparadas –alejadas de la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico– lo cual ha generado que se descarten concepciones más favorables para el ciudadano, muchas veces, sin la debida explicación y justificación⁴.

Este hecho paradójico, ha traído como consecuencia una “discusión”⁵ que ha girado en torno al incremento de los poderes de la Administración Pública, sin pensar en la merma que conlleva ello en la libertad de los ciudadanos, lo que es contrario al fin que persigue el Derecho Administrativo, a saber: el equilibrio entre los intereses públicos y los intereses individuales⁶.

La aseveración anterior se entiende y se verifica, si se toma debidamente en cuenta, que la noción de “acto administrativo” –*como todo el Derecho Administrativo en Venezuela*– fue algo importado por unos “fundadores” en Venezuela que tomaron del Derecho Administrativo Francés, instituciones y conceptos de forma acrítica -pero conociendo la clara intencionalidad política de tales instituciones-, para poder hacer viable el nuevo Estado Nación de principios del siglo XX.

Esta “importación” de la noción del “acto administrativo” conforme a la doctrina francesa, lejos de toda ingenuidad y neutralidad, apunta precisamente a fortalecer

⁴ Me sumo a la posición de Luis Alfonso HERRERA ORELLANA, quien ha descrito que la concepción del Derecho Administrativo en Venezuela, ha sido del todo “socialista” y favorable a la Administración en procura de darle mas poder a ésta, perdiendo de vista la importancia de salvar la libertad de los ciudadanos. Cfr. Luis Alfonso HERRERA ORELLANA “Bases filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela (1909-2009)”, en *100 Años de Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Universidad Monteávila / Funeda, Caracas, 2011. De igual modo, existen otros enfoques recientes que tratan de analizar esta tensión entre Libertad y Poder. Cfr. Armando RODRÍGUEZ GARCÍA, “Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho Administrativo en la modernidad democrática” en *Revista de Derecho Público*, n° 117, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 45-60.

⁵ Las discusiones académicas, necesitan de ese intercambio de ideas y de una argumentación que facilite la resolución de problemas jurídicos, concretos y favorables a una actitud de los operadores jurídicos, académicos: *pro cives, favor libertatis, constitutione*.

⁶ Cfr. las siguientes sentencias: TSJ/SPA n° 1028 del 9 de mayo de 2000 en *Revista de Derecho Público*, n° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 214. De igual modo, TSJ/SPA n° 2189 del 5 de octubre de 2006 en *Revista de Derecho Público*, n° 108, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, p. 100.

el Estado⁷ o las “Administraciones Públicas”, en desmedro de la libertad de los ciudadanos, al presuponer que toda actuación de la Administración Pública –o “Administraciones Públicas”–, se exterioriza siempre en un “acto administrativo” de por sí “ejecutivo” y “ejecutorio” que permite a la Administración Pública conforme al ordenamiento jurídico-administrativo poder actuar aún en contra de la voluntad de

⁷ Se afirma esto, por cuanto la visión *-errónea-* que se tiene respecto al llamado “Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia” recogido en la Constitución de 1999 también con el mote harto peligroso de “Justicia” es la de ser una cláusula anti-liberal. Se piensa que dicha cláusula recoge el “socialismo”, para justificar así el incremento de poder por parte de la Administración Pública, de tal manera que sea el Estado, quien “conforme” la vida política, económica y social de la Nación, lo cual de por sí, lleva a plantearse, la siguiente pregunta: ¿Por qué la noción de “acto administrativo” no ha tenido para la doctrina el imperativo de delimitar qué puede considerarse como tal y que no? Allan R. BREWER-CARÍAS sostenía hace un buen tiempo ya una visión exagerada - que no es la que sostiene hoy en día-, respecto al rol que debe tener el Estado, sosteniendo que “...No es posible, por tanto, y también podríamos admitirlo como premisa, incorporararnos a un proceso de desarrollo, sin una definida y decisiva intervención del Estado como agente de cambio o de transformación de esas estructuras económicas, sociales y políticas que el propio desarrollo implica. En América Latina, como consecuencia, y en Venezuela en particular, el desarrollo está necesariamente vinculado a esos tres elementos: la planificación, como proceso de ordenación del cambio; la transformación de las estructuras, como consecuencia del desarrollo; y una acción decidida y permanente del Estado, como único ente con poder *-el Poder Público-* capaz de provocar y acelerar esos cambios que el desarrollo implica [...] Nuestro sistema jurídico, y es quizás esto lo que explica el atraso del derecho frente al proceso de desarrollo, básicamente es un sistema estructurado después de la Revolución Francesa, es decir, un sistema que nace con el denominado Estado de Derecho, que a su vez surge en 1789 y como reacción frente a otro tipo de Estado que era el Estado Absoluto. En efecto, dentro de esa concepción genérica del Estado que la teoría política llama Estado Moderno, y que surge después del feudalismo, la primera etapa es la del denominado Estado Absoluto, producto de la monarquía absoluta y, la Segunda etapa después de la Revolución Francesa, es la del llamado Estado de Derecho. Por ello, la base del sistema jurídico actual de nuestros países está en esa del Estado de Derecho que ni siquiera es decimonónico, sino muy anterior, del que surgió de la Revolución Francesa. [...] En todo caso, el Estado deja de ser un Estado Abstencionista y asume un papel intervencionista y es quizá ésta una de las características peculiares del Estado de Derecho en la actualidad; el Estado no es ya el que solo intervenía cuando se producían perturbaciones en el orden público, sino que el Estado es definitivamente intervencionista, es decir, que interviene en la vida económica y social, y la conforma y modela. Por eso, desde el punto de vista económico podemos decir que en el Estado de Derecho ha habido un viraje de la base liberal por el ascenso definitivo de lo social, que es lo que ha provocado este cambio del Estado Liberal Burgués de Derecho hacia el Estado Social de Derecho. También desde el punto de vista económico y social, el Estado ha dejado de ser un Estado Abstencionista y se ha convertido en un Estado Intervencionista. [...] Ahora bien, las repercusiones de un proceso de transformación de estructuras económicas, políticas y sociales sobre el derecho, hacen que por supuesto tengamos que plantearnos la necesidad de una nueva visión del derecho, es decir, de una nueva concepción del derecho: de un derecho dinámico, no de un derecho estático; de un derecho para el desarrollo, capaz de ser agente del mismo y no, si acaso, consecuencia del desarrollo. El derecho, en este sentido, creo que debe ser, antes que un derecho formal y tecnicista, un derecho comprometido con ese proceso de desarrollo y con los problemas concretos que tiene planteado un país como Venezuela dentro de dicho proceso”. Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Una Revolución para el Desarrollo*, Cuadernos para la Reforma Administrativa n° 1. Comisión de Administración Pública, Caracas, 1970, p. 13,14 y 53.

los ciudadanos, cuando los actos impongan deberes o limitaciones, sin necesidad de una previa declaración judicial⁸.

Dicha introducción del “acto administrativo” en Venezuela, ocurre en las primeras décadas del siglo XX, las cuales corresponden por lo demás, al supuesto inicio del “Derecho Administrativo” en Venezuela⁹, o por lo menos, al comienzo de los estudios o enseñanza formal¹⁰, período éste en el que no existieron “casualmente” libertades para los ciudadanos, pero que sí coincidió “paradójicamente”, con la importación de nociones y técnicas de forma acrítica del derecho público francés especialmente, no con la intención inicial de esta disciplina, surgida al calor de la “Révolution Française”¹¹, de asegurar un equilibrio entre poder y libertad –*nunca logrado sino hasta con algún éxito el siglo XX y no en Francia precísese*–, sino con el propósito deliberado, de establecer los mecanismos a través de los cuales la Administración Pública satisfaga con prescindencia de la libertad de los ciudadanos, necesidades presuntamente de “interés de Estado” o de “interés general”, persiguiendo así, no garantizar la libertad de los ciudadanos frente a la actuación de un Estado todopoderoso, sino asegurando una Administración Pública de carácter fuerte, omnipresente y “aceitada” en palabras de JOHN STUART MILL¹², que pudiera servir para la

⁸ Esta “importación” agravó y agrava las características peculiares de nuestra sociedad (Estado rico y poderoso vs. Sociedad pobre y débil) y debilita el complicado devenir jurídico-político en procura de conseguir un verdadero “Estado de Derecho” Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, “Discurso de instalación. Reflexiones sobre el Estado rico y el país pobre” en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2004. El “Estado de Derecho” no se olvide, es algo más que un mero “ordenamiento jurídico” (neutro) al cual, siempre se le asocia de forma equívoca.

⁹ Cfr. Allan R. BREWER CARÍAS, “Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela”, en *100 Años de Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Universidad Monteávila / Funeda, Caracas, 2011. pp. 11-31.

¹⁰ Cfr. José Manuel HERNÁNDEZ RON, “Historia del Derecho Administrativo Venezolano” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, n° 6, Año II, N 6, Caracas, 1938.

¹¹ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo Moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, n° 1. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, 213 pp.

¹² Cfr. John STUART MILL, *Sobre la libertad*, Tecnos, Madrid, 2008, 272 pp.

construcción del “Estado Nacional” que los historiadores venezolanos atribuyen a un régimen no constitucional como lo fue el del General JUAN VICENTE GÓMEZ¹³.

No extraña así, que el “Derecho Administrativo” en Venezuela, en sus inicios y ahora, no esté presto a evitar los excesos y abusos en el ejercicio de las potestades atribuidas a ésta para asegurar el “imperio de la ley”¹⁴ y la libertad¹⁵, debido a la sujeción a dogmas o modelos que no son compatibles con el constitucionalismo moderno¹⁶.

De hecho, fatalmente cuando ya termina la primera década del siglo XXI, debe admitirse que el “Derecho Administrativo” venezolano lejos se encuentra de lograr uno de sus más fundamentales propósitos como es, el equilibrio entre libertades y privilegios de las Administraciones Públicas, lo cual explica, el usualmente desmesurado tamaño de las “Administraciones Públicas” en el país¹⁷, su inocultable ineficiencia, el precario –y hoy casi inexistente– control judicial sobre

¹³ En este período se dice que nace el “Derecho Administrativo”. Ahora bien, si damos crédito al balance que hace el tristemente fallecido historiador Manuel CABALLERO del período que va de 1899 a 1935, nos topamos con que en dicho período sólo se logró: 1) asistir al fin de las guerras civiles con la llegada de los andinos al poder; 2) aplicación del programa liberal (¿?) del siglo XIX; 3) unificación territorial con la consecución de carreteras; 4) creación del Ejército nacional con la cual comienza la formación del Estado-Nacional; 5) ruptura del aislamiento, primero con la guerra en su contra (bloqueo), luego con las inversiones petroleras; pero cero respeto por los derechos y garantías de los ciudadanos. Cfr. Manuel CABALLERO, *Instauración del Estado Moderno y Auge de la República Liberal Autocrática 1899-1935*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2010, p.26

¹⁴ Sobre la discusión de este término Cfr. Francisco J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, 288 pp.

¹⁵ Cfr. Juan DE STEFANO, “Naturaleza y contenido de la libertad jurídica” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 128, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 19-55.

¹⁶ Por todos Cfr. Antonio CANOVA GONZÁLEZ “Bases actuales para el control de la Administración Pública (Algunos argumentos a favor de la Abolición de los modelos históricos)” en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, pp. 47-70.

¹⁷ Con la venia de estilo Cfr. Jesús María ALVARADO ANDRADE “Análisis sobre el Acrecentamiento de la Administración Pública Central del Estado Venezolano (Consideraciones especiales sobre la Transformación y el Aumento en la “Administrativización” de la Sociedad 1999-2009)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 60-61, Caracas, 2009, pp. 209-260.

su actuación¹⁸ y la constante violación de las libertades ciudadanas por parte de sus órganos y entes, siempre con la excusa de que se garantizará con esa actuación el “bien común” o el “interés general”, que son de paso las expresiones más usadas por el Estado y por los demagogos titulares de esas “Administraciones Públicas”, cuando quieren dar sepultura a las libertades de los ciudadanos.

Así, al no haberse admitido en nuestro país en el ámbito institucional y académico esta rama del derecho a partir de inquietudes, debates¹⁹ y reflexiones similares a los que condujeron a su aparición y consolidación en sociedades que perseguían la consecución de un “Estado de Derecho”²⁰ –*caso: Estados Unidos de América, Inglaterra, Alemania y España entre otros*– para asegurar la libertad, sino en forma irreflexiva y lerda, como resultado de la aparición del petróleo y la conformación de ese “Estado-Nación” como una herramienta útil para dotar de cierto orden a la acción de la incipiente “Administración Prestacional”²¹, es por lo

¹⁸ Cfr. Antonio CANOVA GONZÁLEZ, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas 2009.

¹⁹ Un avance significativo y muy valioso es la activación de un *Seminario de Derecho Público* dirigido por el Prof. José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, el cual en su primer año (2010) fue exclusivamente dirigido a debatir sobre la relación entre Derecho Público y Libertad. El mismo cuenta con la presencia de excelentes profesores de Derecho Público de las principales Escuelas de Derecho de Caracas principalmente y se mantiene en la actualidad (2011).

²⁰ Cfr. Rafael ENTRENA CUESTA “Notas sobre el concepto de Estado de Derecho” en *Revista de Administración Pública*, nº 33, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1960, pp. 31-46.

²¹ Tanto la propuesta de Ernst FORSTHOFF, como la de Santiago MUÑOZ MACHADO, resultan a la postre en claras tendencias contrarias a la Libertad. “...Es, en fin, la gran transformación social y la sustancial variación de las demandas ciudadanas que se opera en el período de entreguerras, y más vertiginosamente, después de la segunda, la que produce mutaciones tan esenciales en las estructuras, los medios y las formas de acción administrativas, que dan al traste con todos estos intentos de identificar la sustancia de la tarea de administrar en torno a una nota única. En este último período, también FORSTHOFF intentó dar cuenta acabada al contenido de dichas mutaciones, englobándolas en el concepto de DASSEINVORSORGE. La tarea que a la Administración se exige en nuestra época es la de dotar a los ciudadanos de asistencia vital; su función, la de procura existencial. Como en todos los casos anteriores, la realidad se está apresurando a dejar retrasada a la teoría. La de FORSTHOFF, apenas hace cuarenta años que fue formulada y ya ha podido decir de ella HERZOG que “el concepto de procura existencial”... hoy día está más que superado. La actividad de prestación de servicios de nuestro moderno Estado no se limita a prestaciones vitales, sino que incluye también aquellas prestaciones que hacen que la vida resulte más fácil y hermosa” Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la

que no cabe dudas de que la disciplina no se concibió como un mecanismo útil para asegurar la libertad frente al Estado y su inmenso poder, sino sólo como un conjunto de medios jurídicos idóneos para disciplinar y proveer la actuación de aquél²².

Por ello, urge constitucionalizar al Derecho Administrativo, y evitar el proceso permanente de “des-constitucionalización”²³ que se basa en dotar de poder a la Administración Pública y debilitar la libertad de los ciudadanos, mucho más, si se toma en cuenta, que la “des-constitucionalización” es algo consustancial en nuestro devenir histórico-jurídico.

Por lo tanto, al contrario de lo que sucede en Venezuela, debe recordarse, que el Derecho Administrativo moderno parte de la concepción de que ésta disciplina le debe todo al Derecho Constitucional que surge con las experiencias de las Revoluciones Liberales –*en especial la norteamericana*– sin la cual el Derecho Administrativo no sería más que una disciplina sujeta totalmente a los principios del *ancien régime*²⁴, disciplina también que fisgona a diferencia de otras

Administración” en *Revista de administración pública* nº 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, pp. 525 y 526.

²² Cfr. LUIS ALFONSO HERRERA ORELLANA, *Derecho Administrativo y Libertad: o de por qué el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad*, Universidad Monteávila, Caracas, 2010 en <http://seminarioprofesoresderechopublico.blogspot.com/2010/07/derecho-administrativo-y-libertad-o-de.html>

²³ Para observar la situación actual Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución”, en *Estado Constitucional*, Año 1, nº 2, Editorial Adrus, Lima, 2011. pp. 217-236.

²⁴ Al respecto, José Luis MEILÁN GIL señala que: “...Siempre ha existido una organización que ha desarrollado funciones como las de la Administración Pública en la actualidad. No voy a incidir en la polémica de un Derecho Administrativo desconocido o inexistente con anterioridad a la Revolución Francesa. Sin las categorías científicas manejadas a partir del siglo XIX, podría afirmarse la primera tesis. Lo que sí ofrece mayor consenso es el surgimiento de la Administración Pública de la mano de la Revolución Francesa, como una consecuencia necesaria para su consolidación. Y la referencia no quiere ser erudita, sino para recordar que la “revolución francesa no tuvo territorio propio” y se incubó en la Ilustración del siglo XVIII. No es preciso resumir ahora el vasto propósito de cambio general y súbito que se pretendía bajo la etiqueta auténtica de revolución. No bastaba para ello con leyes. Se precisaba un brazo poderoso que las ejecutara y, sobre todo, para adoptar numerosas medidas que hicieran real e irreversible la revolución. Alexis DE TOCQUEVILLE ha dejado escritas páginas magistrales sobre la centralización de un poder “inmenso y tutelar absoluto, detallista, regular, previsor, único agente y único árbitro de la felicidad de los ciudadanos, que encarna la Administración pública, providencial y creadora”. Pese a su radicalismo, los revolucionarios escarmentan en la cabeza del decapitado Rey y, al suprimir privilegios y fueros repartidos entre estamentos varios,

latitudes, se ha construido en Venezuela de forma insólita, totalmente anti-liberal, es decir anacrónica.

Dichas premisas no constitucionales, permitieron el crecimiento y maduración de un “derecho administrativo a la venezolana”, que se basa precisamente en la inexistencia de equilibrio entre libertades de los ciudadanos y privilegios de las Administraciones Públicas, pues tal y como sucedió con el Derecho Administrativo en Francia, el Derecho Administrativo en Venezuela se creó pretorianamente, a través de los tribunales “contencioso-administrativos” a pesar de la propaganda que se hacía del “principio de legalidad”²⁵ en la disciplina.

De hecho, la noción “acto administrativo” en Venezuela, fue construida a través de la jurisprudencia y luego recogida en leyes y en especial en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981)²⁶, sin atender las consecuencias perjudiciales que tendría en la libertad de los ciudadanos la visión

los unifican en la Administración, apurando la orientación reformadora del absolutismo real. Porque, “la Revolución tuvo dos frases: la primera, durante la cual los franceses parece que quisieron abolir todo el pasado; la segunda, en la que volvieron a tomar parte de lo que habían dejado”, dirá TOCQUEVILLE. Y esta apreciación sigue teniendo vigencia. La Administración Pública, nacida de la revolución, hereda los privilegios del Rey decapitado; sólo que los engarza con un peculiar entendimiento de la división de poderes. Existen testimonios que no es del caso recordar. Se mantienen superada la Revolución con el compromiso constitucional del Congreso de Viena y el principio monárquico vigente en las Constituciones europeas del siglo XIX –*el Rey con el Parlamento*-. La orientación se consolidará bajo la influencia del idealismo alemán, del que se nutrirá la actuación del Canciller Bismark al frente de la imponente Administración prusiana, con las bases del Estado de Derecho. Si se trae ahora este apunte histórico es porque durante muchos años - y *todavía perdura*- se ha entendido la Administración de acuerdo con estos postulados, que proporcionan una posición privilegiada a la Administración en su relación con los ciudadanos. Basta con subrayar el carácter central que tiene en muchos ordenamientos jurídicos el acto administrativo, que nace en Francia como un privilegio de la Administración –*la decisión exécutoire*- con la presunción de validez y su fuerza ejecutiva y que en Alemania, Otto Mayer construye al modo de la sentencia. La apelación al acto administrativo justifica en Francia que las ventas de los bienes nacionales, de los emigrados políticos, para consolidar la Revolución, sean considerados como contratos especiales, en lo que tienen su origen y “justificación” los contratos administrativos. Existe una inercia cuyo mantenimiento conviene a los titulares del poder, proclives a su concentración. Se elogia la centralización enlazándola con la prerrogativa –*el privilegio*- que aquella exige”. De igual modo Cfr. José Luis MEILÁN GIL “Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración”, en *Administración Pública en perspectiva*, Universidad de La Coruña, 1996, pp. 389 y ss.; y del mismo autor “Administración pública para la democracia” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 11, 2007, pp. 493-506.

²⁵ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *El Principio de Legalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, 184 pp.

²⁶ Cfr. *Gaceta Oficial* nº 2.818 Extraordinaria de fecha 1 de julio de 1981.

amplia de la definición legal del “acto administrativo” que allí se consagró, la cual vino a concretizar pésimamente lo que había ocurrido con vaivenes en la jurisprudencia y en la doctrina como se tendrá ocasión de comprobar.

Esta Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se basó principalmente en asegurar los derechos y libertades de los ciudadanos²⁷, en eliminar la

²⁷ Allan R. Brewer-Carías, lo dijo con bastante claridad “...La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que entró en vigencia el 1° de enero de 1982, puede decirse, sin la menor duda, que es la Ley más importante que se ha dictado en relación a la Administración Pública Venezolana contemporánea. No había sido nunca nuestra Administración destinataria de un cuerpo normativo que regulara con tanta amplitud y precisión, aspectos centrales de su relación con los particulares, siendo ésta la primera vez que se regula en forma general, la actividad sustantiva de la Administración Pública. Por ello, se trata de una Ley que difiere de las otras leyes relativas a la Administración que hemos tenido en el pasado, ya que no contiene un texto que se refiera a la organización interna de la Administración, sino que es una Ley que norma, básicamente, las relaciones de la Administración con los particulares. Por eso, dentro de los aspectos medulares de la Ley, está la regulación de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran los particulares frente a la Administración y en las cuales se encuentra la Administración frente a los particulares. Es una Ley, por tanto, que regula, básicamente, relaciones jurídicas entre administrados y Administración, y con base en ello, prevé un conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte, y por la otra, una serie de derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquélla. Siendo éste el sentido central de la regulación de la Ley, esta Ley cambió totalmente la situación tradicional de estas relaciones entre Administración y particular. Hasta ese momento, el balance de esas relaciones había estado a favor de la Administración. Casi todos los poderes, potestades y derechos habían estado en manos de la Administración, con muy pocos deberes y obligaciones frente al particular; y el administrado, lo que había encontrado normalmente ante la Administración, eran sólo situaciones de deber, de sujeción, de subordinación, sin tener realmente derechos, ni tener mecanismos para exigir la garantía de los mismos. Por ello, decimos que el balance había estado a favor de la Administración en forma tradicional. La Ley cambió el balance, y a partir de su vigencia no se trata de una situación de poderes administrativos y de ausencia de derechos de los particulares, sino que la Ley establece, claramente, un equilibrio entre poderes de la Administración y derechos de los particulares, que se garantizan. Ello, por otra parte, es la esencia del principio de la legalidad y de las regulaciones jurídicas sobre la Administración: el equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares. Al cambiar totalmente el balance de esos dos extremos y establecer un equilibrio, la Ley planteó necesariamente un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración. Ya no puede ser la Administración prepotente que concede dádivas o favores al particular, quien por su parte, no tiene derechos, ni cómo reclamarlos y es aplastado y a veces vejado por la Administración. Esto ha cambiado, necesariamente, lo que planteó la necesidad de un cambio de actitud y de mentalidad. Ya no es un particular indefenso el que la Administración tiene enfrente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías. Por eso, la Ley Orgánica ha obligado a un cambio de actitud y esto es lo primero que debe plantearse a la Administración Pública Venezolana y a los funcionarios públicos. Se trata de un texto que, necesariamente ha tenido que obligar a cambiar la forma de relación de los funcionarios con los particulares. El particular también ha sufrido este cambio de actitud, porque se ha encontrado con muchos mecanismos jurídicos y vías de reclamo, que también ha tenido que manejar con cierta sensatez. Ha habido momentos iniciales de desajuste, pero luego progresivamente, sin duda, se ha llegado a un punto de equilibrio”. Cfr. Allan R. BREWER-CARIÁS, “Introducción al Régimen de la Ley Orgánica” en *Ley Orgánica de Procedimientos*

arbitrariedad de las Administraciones Públicas y en dejar en claro una definición de “acto administrativo” que zanjara las discusiones y posiciones doctrinarias y jurisprudenciales siempre vacilantes y diversas, pues el legislador interpretó que las diversas posiciones fomentaban la arbitrariedad, debido a la ausencia de una legislación que dejara en claro que se debe entender por “acto administrativo”.

Así pues, prescindiendo de los *principes généraux du droit*, el legislador creyó ver en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la solución, dejando en claro una noción de “acto administrativo” para configurar sus características y efectos, los vicios que lo pueden afectar, los recursos administrativos a los cuales pueden ser objetos.

Sin embargo, las razones que llevaron al legislador a definir qué se entiende por “acto administrativo”, para así evitar la arbitrariedad, generó precisamente más debate, arbitrariedad y confusión, pues *primero*: las imprecisiones que la doctrina y jurisprudencia detectaron en la definición legal del “acto administrativo” en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se hicieron agudas y *segundo*: el uso de la expresión “acto administrativo” que formulaban y formulan algunas leyes especiales que surgieron con posterioridad a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos comenzaron a contradecir la definición contenida en aquella y se tornaron en razón suficiente para recordar lo inconveniente que son las “definiciones legales” y la inutilidad y lo confuso que pueden resultar.

De hecho, valga la acotación, de que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela define el “acto administrativo” como: “toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública”²⁸, (art. 7), por lo que resulta “pacífico” en la doctrina y jurisprudencia venezolana la inclusión de los reglamentos dentro del concepto de “acto administrativo”.

Administrativos y Legislación Complementaria, Editorial Jurídica Venezolana, 15° Edición Actualizada, Caracas, 2008, p. 9 y 10.

²⁸ Art. 7. *Cfr. Gaceta Oficial* n° 2.818 Extraordinaria de fecha 1 de julio de 1981.

De conformidad con lo antes expuesto, en esta “Introducción General”, es menester advertir, que en Venezuela la noción “acto administrativo” como se tendrá ocasión de analizar, se presenta como un tema complejo en el derecho sustantivo venezolano, y su entendimiento y comprensión pasa por el tamiz de la suposición, de que esa noción explica por sí sola la expresión material de la Administración Pública, es decir, la aplicación de la voluntad –función administrativa (¿?) – al caso concreto.

Por tanto, y de seguidas, la noción de “acto administrativo”, se analizará desde un prisma crítico –no necesariamente de “lege ferenda”–, ya que principalmente la doctrina *iuspublicista* venezolana se ha conformado generalmente con las doctrinas que a tal efecto expusieron los principales *iuspublicistas* europeos de principios de siglo XIX y XX, sin tomar en cuenta muchas veces los presupuestos constitucionales de nuestro Estado.

De hecho, ello es tan así, que es hasta una fecha muy reciente²⁹ cuando parte de la doctrina en Venezuela empezó a ser un examen crítico *in totum* sobre el particular, toda vez que siempre se aceptaba de forma acrítica una definición del “acto administrativo” que originada en el derecho francés y de recibo acrítico por parte de la jurisprudencia y doctrina nacional, terminó siendo aceptada por la jurisprudencia, doctrina y legislación reciente, que se puede corroborar en algunas leyes, tales como la de Procedimientos Administrativos³⁰, de la Administración Pública³¹, del Tribunal Supremo de Justicia³², de Contrataciones Públicas³³ y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁴ entre otras.

²⁹ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, 144 pp. Desde hace muchísimo tiempo Gonzalo PÉREZ LUCIANI apuntaba en la dirección de distinguir la noción “acto administrativo” de la noción “reglamento”, pero nunca la doctrina consideró sus críticas debidamente.

³⁰ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 2.818 Extraordinaria de fecha 1 de julio de 1981.

³¹ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.

³² Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010.

³³ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.503 de fecha 6 de septiembre de 2010.

³⁴ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.451 del 22 de junio de 2010.

Esta noción de “acto administrativo” que maneja la doctrina en Venezuela no se ha preocupado –generalmente– por la enorme complejidad de la “actividad administrativa”³⁵, la cual precisese ha quedado reducida a una sola institución jurídica: el “acto administrativo”, sin deparar que éste no podría disponer en modo alguno de un solo régimen jurídico unitario o con los mínimos elementos comunes que hicieran posible identificarla con una institución jurídica³⁶.

Es por ello, que no resulta sorprendente ver como para la doctrina y jurisprudencia venezolana, todo acto dictado por la Administración Pública (o Administraciones Públicas)³⁷ deviene en “acto administrativo”, con el agravante de que también se entienden como tales aquellas manifestaciones en ejercicio de potestades distintas a la “administrativa” (p. ejm. la “potestad reglamentaria”), con lo que se amplía abusivamente la noción objeto de estudio, de forma perjudicial para los ciudadanos.

En ese sentido, el presente trabajo, tratará de evidenciar como este concepto de “acto administrativo” que se sostiene en general en Venezuela, impide “aislar” dicha noción, de otros actos que no son “actos administrativos”, como por ejemplo: el “reglamento”, los así llamados “contratos administrativos”³⁸, además de no

³⁵ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, “La actividad administrativa y su régimen jurídico” en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Caracas, 2005, pp. 11-41.

³⁶ Cfr. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La Teoría del Acto Administrativo*, Biblioteca Jurídica Básica, Iustel, Madrid, 2005, 213 pp.

³⁷ Cfr. Guido ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, T. I, Giuffré, Milán, 1958.

³⁸ Cfr. Sobre el tema de los Contratos Administrativos, de Interés Público, de Interés Nacional y de Empréstito Público Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, “Los contratos de la administración en la jurisprudencia venezolana”. (Compilación), en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 26, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1963, pp. 127-154; Allan R. BREWER-CARÍAS, “Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 30, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1964, pp. 173-232; Allan R. BREWER-CARÍAS, “La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos” en *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 755-778; Allan R. BREWER-CARÍAS, “La evolución del concepto de contrato administrativo” en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076. Buenos Aires, pp. 1-12; Luis BRITO GARCÍA, “Régimen constitucional de los contratos de interés público,” en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 50, Contraloría General de la República, Caracas 1968, pp. 76-129; Allan R. BREWER-CARÍAS, “La evolución del concepto de contrato administrativo” en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central

clarificar que no todos los actos o actuaciones de la Administración pueden ser “actos administrativos”.

Por ello, puede afirmarse, que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación venezolana, no ha reparado en el hecho cierto, de que es necesario re-pensar un concepto de “acto administrativo” para poder puntualizar un régimen jurídico preciso y coherente con sus exigencias institucionales, de tal forma que la calificación de alguna actividad de la administración como “acto administrativo” suponga proporcionar cuantiosa información sobre esa manifestación concreta de la “acción administrativa”, como que su régimen de validez es el establecido en la

de Venezuela. Caracas, 1981, pp. 41-69; José MELICH ORSINI, “La noción de contrato de interés público”, en *Revista de Derecho Público*, n° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 33-63; Eloy LARES MARTÍNEZ, “Contratos de Interés Nacional”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1981; Fermín TORO JIMÉNEZ, *Manual de Derecho Internacional Público*, Vol 1, Universidad central de Venezuela, Caracas 1982, pp. 303-507; Isabel BOSCAN DE RUESTA, “La inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público*, n° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 23-46; Gonzalo PÉREZ LUCIANI, “Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público”, en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984; Allan R. BREWER-CARIÁS, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, Allan R. BREWER-CARIÁS, “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*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 59 ss.; José MELICH ORSINI, “El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 116, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2000, pp. 65-78; Allan R. BREWER-CARIÁS, “Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Caracas, 2006, pp. 449-479; Jesús CABALLERO ORTÍZ, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 139-154; Jesús CABALLERO ORTÍZ, “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, Instituto de Derecho Público, UCV, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 1773 ss. y Karina ANZOLA SPADARO, “Justificación y límites de la aplicación del Derecho administrativo a la Administración pública. Crítica a los conceptos de acto y contrato administrativo en Venezuela” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 60-61 (2005-2006), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 113-181.

legislación básica sobre los procedimientos administrativos, que deberá ser notificado etc.³⁹.

Por ello, en los siguientes capítulos, se propone analizar el presente trabajo los siguientes puntos:

Primero: la noción de “acto administrativo” en Venezuela;

Segundo: el origen y la influencia de la noción del “acto administrativo” en Venezuela;

Tercero: la peligrosa amplitud de la noción del “acto administrativo” en Venezuela;

Cuarto: la identificación de cuál es el régimen jurídico aplicable a la noción del “acto administrativo” en Venezuela;

Quinto; cuándo un “acto” puede ser catalogado como “*acto administrativo*”;

Sexto: la diferencia entre “acto administrativo” y “reglamento”, y la imposibilidad de caracterizar este último como “acto administrativo” por el sólo hecho de ser dictado por la Administración, negando así su contenido normativo⁴⁰;

³⁹ Cfr. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La Teoría del Acto Administrativo*, Biblioteca Jurídica Básica, Iustel, Madrid, 2005, 213 pp.

⁴⁰ El jurista español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA lo ha dicho en término claro y enfático “... una de las primeras precisiones ha de ser la de distinguir éstos de los actos administrativos *stricto sensu*, y en concreto, pues es aquí donde el problema agudo se presenta, de los actos administrativos generales o con destinatario general o indeterminado. Es relativamente frecuente en nuestro Derecho la confusión de estas dos realidades diversas como consecuencia de una tradición académica sobre la esencia de la norma jurídica, que pretende situarse equivocadamente en el dato de la generalidad. [...] Este equívoco ha sido sancionado doctrinalmente por el reciente Tratado de Derecho Administrativo del profesor Garrido Falla, donde se pone un especial énfasis en ofrecer un concepto de acto administrativo que “abarque tanto el acto administrativo general como el concreto”, concepto el primero que se correspondería exactamente con el de Reglamento, según esta expresión que resume toda la posición que estamos refiriendo: El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de Derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales. Pues bien, es menester romper esa ecuación entre generalidad y normatividad, lo cual en el plano doctrinal está aceptado desde hace ya mucho tras haber roto con la concepción ilustrada y revolucionaria ingenua de que aquella idea partía. Los tópicos suelen resistir denodadamente a abandonar el campo, pero éste es, evidentemente, uno de esos que a los juristas no nos sirve. [...] Por otra parte, que existen normas individuales no parece que requiera especial ilustración, aunque sí acaso puede merecer la pena insistir en que, contra lo que ha pretendido un importante sector de la doctrina para explicar el principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos, caben también Reglamentos singulares [...] Sin plantearnos ahora todo

Séptimo: el régimen jurídico del “acto administrativo” en contraposición al régimen jurídico del “reglamento”,

Octavo: la concepción material y procesal de la noción del “acto administrativo” en Venezuela;

el importante problema de esta distinción entre Reglamentos y actos administrativos generales, bastará apuntar que el criterio básico es siempre, y a nuestro juicio, el ordinamentalista: el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular, y el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto “ordenado” y no ordinamental. La distinción básica es, pues, la de Ordenamiento, por una parte, y la de acto ordenado, por otra, sin que sea oportuno intentar precisar ahora estos conceptos; como podríamos ver en un análisis más detenido, ordinariamente el carácter del acto ordenado puede expresarse en un dato externo, el de que su cumplimiento es “consuntivo”, agota el acto, en tanto que el cumplimiento de la norma no sólo no agota o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma [...] Pero más interés tiene para nosotros comprobar las diferencias sustanciales de régimen que se siguen de la calificación de un acto como acto administrativo general o como Reglamento. He aquí algunas, sumariamente: la potestad de dictar Reglamentos o potestad reglamentaria, como cualitativamente diferente de la de dictar actos administrativos, no corresponde más que a aquellos entes, y dentro de éstos a aquellos órganos, a quienes las “normas de producción”, o que definen las formas de integración del ordenamiento, específicamente se la atribuyen; por el contrario, la potestad de dictar actos administrativos generales no exige pronunciamiento de las “normas de producción”, sino que está ínsita en toda, absolutamente en toda, potestad de dictar actos administrativos, siendo la singularidad, la generalidad o incluso la indeterminación de sus destinatarios un dato eventual y completamente accidental de su régimen (únicamente relevante a efectos de sustituir la notificación personal por la publicación impersonal como condición de eficacia [...] el Reglamento en cuanto acto normativo vincula también a la propia Administración por cuanto ésta está sometida al ordenamiento, de donde se deduce el efecto inderogabilidad singular; el acto general, al no ser normativo, admite derogaciones singulares (sin perjuicio de la eventual entrada en juego de otros principios de vinculación-igualdad ante la ley y ante el servicio público, derechos reconocidos, límites a la facultad revocatoria, integración de una norma en su supuesto de hecho o por remisión en su misma parte dispositiva por medio del acto, etc. distintos del puramente normativo); el Reglamento es revocable *ad nutum* mediante ejercicio contrario de la potestad reglamentaria que es esencialmente libre y únicamente condicionada por las “normas de producción”, y nunca por los derechos de los destinatarios, en tanto que al acto general le afectan íntegros los límites de revocación y anulación de los actos que en atención precisamente a los derechos de los destinatarios que enuncia la Ley de Procedimiento; en cuanto el Reglamento forma parte del Ordenamiento, los actos administrativos contrarios a él son ilegales con sanción, en principio, de invalidez [...] lo cual no ocurre con los actos contrarios a los actos generales (con las mismas reservas formuladas a propósito del efecto inderogabilidad singular); los actos privados que contravengan un Reglamento son nulos de pleno derecho [...] pero no necesariamente los que contradigan a meros actos generales, que serán de ordinario sancionables, pero no combatidos en el plano de la validez; [...] la sanción de la ilegalidad de un Reglamento es siempre la nulidad de pleno derecho, en tanto que la regla de las ilegalidades de los actos generales en cuanto actos administrativos es normalmente la simple anulabilidad” Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición” en *Revista de Administración Pública*, n° 29, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969, p. 162, 163 y 164.

Noveno: la influencia de la Escuela Formal-Sustancial, de la Formación del Derecho por Grados y de la Escuela del “Servicio Público”⁴¹ Francés, en la construcción venezolana de la noción del “acto administrativo” y su amplitud inusitada en derecho comparado;

Décimo: el concepto procesal del “acto administrativo”, como criterio único en la doctrina, el cual atiende sólo a la necesidad de afianzar mas el “contencioso-

⁴¹ Al respecto es bueno tomar en cuenta la observación de Santiago MUÑOZ MACHADO “...Otra de las grandes corrientes doctrinales emparentadas con la idea de función que, sobre todo en Francia, ha mantenido mucho tiempo una posición hegemónica es la del servicio público. Hegemonía que, como es conocido, también perdió por causa de su incapacidad para explicar la aplicación del Derecho Administrativo a situaciones no encuadrables en la idea de servicio público. Al margen de la larga y minuciosa elaboración jurisprudencial de esta teoría, su incorporación doctrinal al campo del Derecho Administrativo tiene lugar como consecuencia de la simplificación y reducción a esquemas de técnica jurídica de la visión teórica del Estado sostenida por DUGUIT. Para DUGUIT existen especialmente dos ideas que es preciso excluir en la formación de la Teoría General del Estado: la personalidad jurídica y la soberanía; ambas, según nuestro autor, sólo son fuente de perturbaciones y, además, no coinciden con ninguna realidad y carecen de virtualidad existencial, ya que el Estado, dice textualmente, “no es un poder que manda, una soberanía, es una corporación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”. Desde esta perspectiva, y en función de la idea de solidaridad social (que es, como ha recordado PISIEH-KOUCHNER, una idea clave en DUGUIT), el servicio público se erige en fundamento y límite del *pouvoir gubernalmental* y en pieza básica del Derecho público [...] La traslación de esta idea al campo del Derecho Administrativo será obra fundamental de G. JEZE. Este autor utilizará el concepto de servicio público como fundamento teleológico del Derecho Administrativo, y considerará objetivo prevalente de la técnica jurídico administrativa la atención a los medios y procedimientos para alcanzar los objetivos del servicio público; hablar de servicio público equivale a afirmar, según esta concepción, “que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a ciertas necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las Leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico”. Esta es la esencia de la teoría: cuando la Administración gestiona servicios públicos está, sin más, sometida al Derecho Administrativo. Así lo mantendrán también, en línea de continuidad, BONNARD o ROLLAND, entre los más caracterizados. Sin embargo, hechos nuevos, la aparición de servicios de carácter comercial e industrial van a romper la fuerza de esta teoría. Se observa primero, a partir del Arrêt Bac D'eloka de 1921, que es posible la gestión privada, en régimen de Derecho privado, de los servicios públicos, y después, a raíz de la ola de nacionalidades (1936-1945), que tanto la Administración podía acudir a medios de Derecho privado para gestionar los servicios públicos, como era posible su gestión por empresas de Derecho privado; y también, que existían actividades gestionadas por entidad pública que no eran servicios públicos. Se empezó entonces a hablar de la crisis de esta teoría; crisis de la que, como es bien sabido, no ha podido recuperarse. De nuevo, la fuerza expansiva del fenómeno administrativo hizo inservible un criterio conceptual que pretendía ser autosuficiente para explicar su esencia. La Administración, en el momento capital de la crisis, no hizo sino ajustar sus estructuras y modos de funcionamiento a una nueva realidad social, que le exigía una intervención más decidida en campos hasta entonces inéditos” Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración” en *Revista de Administración Pública*, nº 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, pp. 523 y 524.

administrativo”, por influencia del modelo francés, es decir, por la configuración del “contencioso administrativo” como un sistema revisor del previo acto administrativo⁴², así como algunas consideraciones en torno a cuáles actos bilaterales se les han considerado “actos administrativos”⁴³.

I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La teoría del “acto administrativo” es una institución del Derecho Administrativo, que estudia aquellos actos jurídicos especiales –*dotados de ciertas características*– dictados por la Administración Pública, sometidas al Derecho Administrativo. En ese sentido, cabe formular el siguiente problema: ¿todos los actos jurídicos de la Administración Pública son “actos administrativos” teniendo en cuenta que dicha noción apela a efectos intersubjetivos principales de nacimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas subjetivas y que la Administración Pública en un Estado Constitucional⁴⁴ está sujeta al principio de “supremacía constitucional” con toda la carga axiológica que este principio encierra, que impide que la Administración Pública cuente con poderes que no le han sido conferidos constitucionalmente?

II. OBJETIVOS DEL TRABAJO

Partiendo de la interrogante antes señalada, es objetivo general del presente trabajo ofrecer una crítica a la construcción que el derecho público en Venezuela ha ofrecido respecto a la noción de “acto administrativo”, teniendo en cuenta la legislación, doctrina y jurisprudencia que se ha referido sobre el particular,

⁴² Cfr. Margarita ESCUDERO LEÓN, “El requisito procesal del acto previo a la luz de la jurisprudencia venezolana” en *Revista de Derecho Público*, n° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 463-482. De igual modo Cfr. María AMPARO GRAU, “La materia contencioso administrativa”, en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1995, p. 131 y ss.

⁴³ Cfr. Rubén LAGUNA NAVAS “Reflexiones sobre la actividad unilateral y bilateral de la administración” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 120, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 37-45.

⁴⁴ Cfr. Josep AGUILÓ REGLA, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 24, Universidad de Alicante, 2001, pp. 429-458

demostrando que dicha noción ha sido tomada de forma acrítica, con la consecuencia de que se ha expandido dicha noción a actos que como se analizará pertenecen a otro tipo de actos, que no revisten efectos intersubjetivos principales de nacimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas subjetivas.

Así, conforme a dicho objetivo general, se propone el trabajo unos objetivos específicos a fin de lograr una identificación precisa de qué se entiende por “acto administrativo” a través de una aproximación histórica; analizando las concepciones que del “acto administrativo” ha tenido la jurisprudencia, legislación y doctrina venezolana; evaluando asimismo cómo en la construcción de la noción de “acto administrativo” se ha hecho un abusivo uso de la noción de “función del Estado” y “función administrativa” como base fundamental en la doctrina y jurisprudencia para caracterizar la noción de “acto administrativo”; con lo cual se hace necesario analizar qué se entiende por “función” y por “actividad administrativa”, haciendo hincapié en la identificación de la “actividad administrativa” dentro de las actividades estatales; para así lograr conclusiones que permitan evaluar las consecuencias negativas que la *vis expansiva* de la noción del “acto administrativo” tiene respecto a la libertad y propiedad de los ciudadanos; haciendo uso de consideraciones constitucionales que permitan evidenciar la inconstitucionalidad de las concepciones amplias respecto del “acto administrativo” que se han defendido en Venezuela.

III. MARCO METODOLÓGICO

El diseño del trabajo se basó en una investigación documental. Se concentró en el tipo de investigación documental, de diseño bibliográfico, pues la información requerida que satisfizo la organización teórica de la investigación se concretó en fuentes bibliográficas primarias y secundarias (libros, revistas, leyes y jurisprudencia básica emanada de nuestra Corte Federal y de Casación, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Justicia), lo que permitió la revisión crítica de la problemática planteada a través de la integración y evaluación de la información teórica y empírica que versa sobre el tópico investigado, cuyo objetivo principal es analizar la noción “acto administrativo”.

El nivel de estudio alcanzado, para la realización de la indagación correspondió al analítico-descriptivo-comparativo, caracteres que responden a la necesidad de desarrollar suficientemente los diferentes elementos que comprende la concretización del referido objetivo principal, concatenados a las conclusiones y recomendaciones que derivaron del presente estudio investigativo objeto del presente trabajo especial de grado.

En cuanto al procedimiento llevado a cabo para la investigación planteada a fin de condensar su estructura, se fraccionó en diversas etapas, siendo la *primera*: el arqueo de fuentes primarias y secundarias (doctrina, revistas jurídicas, leyes y jurisprudencia), en la *segunda fase*, se procedió a la indagación de los antecedentes investigativos, a la consulta del material bibliográfico seleccionado para la extracción y recopilación y procesamiento de los datos recopilados para la estructuración lógica del esquema del marco teórico o contextual, a través de la aplicación de métodos y técnicas de metodología de la investigación.

Por último, se desarrolló la estructura teórica de la investigación y sus conclusiones, mediante la aplicación de los métodos: analítico, deductivo, inductivo y sintético, definidos como: el *primero*, como la descomposición de un todo en sus elementos; el *segundo*, como aquel que parte de lo general a lo particular mediante un proceso razonado; el inductivo, aquel que pasa de los hechos más particulares a los conceptos más generales; finalmente el sintético como la totalidad que contiene todas las relaciones; así como el empleo de las técnicas de investigación, para lograr el objetivo primordial de la investigación, consistente en la elaboración de esquemas, resúmenes, fichaje, entre otros.

IV. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

El presente trabajo partió de un proceso de revisión, identificación y selección de algunas de las principales fuentes documentales venezolanas (jurisprudencia, legislación y doctrina) sobre el “acto administrativo”, para una evaluación sobre el tema que permita una comprensión de cómo se fue construyendo dicha noción.

Asimismo, conforme al proceso de revisión, identificación y selección de jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de Justicia, se formularon algunas interrogantes a ser respondidas en el trabajo, que permitieran entender la recepción acrítica que la jurisprudencia hizo respecto a la Teoría General del Derecho Administrativo Europeo, en especial Francés.

De igual forma, la identificación, selección y revisión de doctrina nacional autorizada, permitió la comprensión de por qué la noción “acto administrativo”, fue pensada exclusivamente a la luz de la necesaria construcción de un sistema procesal administrativo –“contencioso-administrativo”–, ocasionando así, un fatal descuido para la elaboración de una Teoría del Acto Administrativo con perfiles propios en nuestro país.

En cuanto a la legislación se hizo uso de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999⁴⁵, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴⁶, Ley Orgánica de la Administración Pública⁴⁷, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁸, y Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁹ entre otras.

De igual forma, el trabajo se apoyó en una visión comparada haciendo uso de las reflexiones de la dogmática jurídica comparada contemporánea que ha sido precisamente una de las fuentes sobre la cual se ha construido la noción de “acto administrativo” en Venezuela.

⁴⁵ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

⁴⁶ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 2.818 Extraordinaria de fecha 1 de julio de 1981.

⁴⁷ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.

⁴⁸ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010.

⁴⁹ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.451 del 22 de junio de 2010.

INTRODUCCIÓN GENERAL

La noción “acto administrativo”, aparece por vez primera en Francia, un año después de la toma de la Bastilla y por consiguiente del inicio de la “Révolution Française”⁵⁰. Vinculada a ese momento histórico, la noción “acto administrativo”, explicaba aquellas actuaciones u operaciones de los “cuerpos administrativos” que no debían ser conocidos por los Tribunales de Justicia.

Según la Ley 16-24 de agosto de 1790 y la Ley del 16 Fructidor del año III, se prohibía a los Tribunales de Justicia perturbar o trastornar de cualquier manera las operaciones de la Administración Pública “revolucionaria” y de conocer de “actos de administración” de cualquier especie que sean⁵¹.

En su origen, el “acto administrativo” surgió por ende, como una noción contraria a Derecho, en el entendido de que hacía referencia a aquél acto que resultaba inmune frente a los órganos jurisdiccionales o de administración de Justicia⁵², debido a factores históricos, ya que si bien la noción del “acto administrativo” se encontraba indisolublemente ligado al nacimiento del Derecho

⁵⁰ Cfr. Georges LEFEBVRE, *La Revolución Francesa y el Imperio*, 13ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, 296 pp. y Bernhard GROETHUYSEN, *Filosofía de la Revolución Francesa*, 1ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 305 pp.

⁵¹ La Ley 16-24 de agosto de 1790 hacía referencia a las operaciones de los cuerpos administrativos y la Ley del 16 fructidor del año III precisaba que la prohibición se refería a los actos de administración de cualquier especie que éstos sean. Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Italgráfica, Caracas, 1998, p. 21.

⁵² Cfr. Rubén LAGUNA NAVAS, “Actos y procedimientos administrativos” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas n° 129*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 65-96.

Administrativo, como disciplina autónoma del Derecho⁵³, rápidamente devino en una construcción no querida de la “Revolución”, ya que la primigenia idea de los “revolucionarios” si bien era la de someter a Derecho los actos del Estado –antes encarnado en el Rey– se desvaneció inmediatamente ese desiderátum, por la asunción de otra idea totalmente contraria, como es, el de que los actos del Poder Ejecutivo (Administración Pública) no fuesen controlados por los órganos de administración de Justicia, pues se creía que el poder judicial se encontraba supuestamente dominado por el “espíritu conservador” proveniente de la nobleza.

De esta manera, los “revolucionarios” sostenían que si se permitía tal situación (control de los actos del Poder Ejecutivo) se trastocarían los valores y principios que inspiraron las ideas revolucionarias y se acabaría la “Revolución”, que valga decir no era francesa, pues nunca se pensó de esta manera, sino que se pensaba que era universal.

Estas contradicciones no desdican para nada el hecho histórico de que el Derecho Administrativo encuentra su fuente en los principios revolucionarios franceses como ha destacado EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁴. De hecho, el Derecho Administrativo como disciplina autónoma del Derecho, se vio más fortalecido con la promulgación de la Ley del 17 de febrero de 1800, referida a la organización administrativa del Estado, ubicándose esta disciplina del Derecho Administrativo en el ámbito del derecho público, además de concebirse como una creación derivada del entendimiento francés del principio de “división de poderes”⁵⁵, que tendría valga acotar, la finalidad de imponer limitaciones al Poder en una evolución que va del “Estado Policía” al “Estado de Derecho”⁵⁶.

⁵³ Cfr. Luís A. ORTIZ ÁLVAREZ, *Revolución Francesa y Justicia Contemporánea*, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos N° 7, Caracas, 2003.

⁵⁴ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 1994.

⁵⁵ Cfr. Ricardo COMBELLAS “El Estado de derecho, herencia de la Revolución Francesa” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 77, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990, pp. 193-205.

⁵⁶ Cfr. Carmen CHINCHILLA MARÍN, “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo” en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, p. 23.

Recuérdese, que la “división de poderes” propugnada por MONTESQUIEU se basaba no sólo en controlar al poder por el poder mismo, sino también, en el hecho de que el destino del hombre se vería perdido si el mismo hombre, “...el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”⁵⁷; con el agravante de que el sistema de pesos y contrapesos que explicita la “división de poderes”, fue entendido de manera harto diferente en Francia, ya que allí se aseguró, primeramente, la constitución de un tribunal especial para la administración, y luego, en una segunda versión, a través de la prohibición al Poder Judicial de azorar de cualquier manera, la actividad de la Administración plasmada en la Ley del 16-24 de agosto de 1790.

Si bien es cierto, que Napoleón creó el Conseil d'État en base al antiguo Consejo del Rey, éste al no tener poder de decisión propio, actuará proponiendo una decisión y será el Ejecutivo quien “retenga” la posibilidad de decidir (*Justicia Retenida*), para posteriormente evolucionar a un sistema de jurisdicción delegada, con la Ley del 24 de mayo de 1872, que reconoce y traspasa al Conseil d'État estos poderes de decisión (*Justicia Delegada*)⁵⁸

Esta Ley francesa del 16-24 de agosto de 1790, propugnó una “separación de poderes” harta extraña, en la cual el poder judicial no podía “molestar” a los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones, en el entendido de que la Revolución no podía ser detenida. La norma específica de la Ley francesa del 16-24 de agosto de 1790 disponía que “...los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de su función”.

⁵⁷ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Clásicos del Pensamiento, Editorial Tecnos, 6º Edición, Madrid, 2007, pp. 175 y 176

⁵⁸ Cfr. Charles DEBBASCH y Jean-Claude RICCI, *Contentieux Administratif*, 8ème Édition, Dalloz-Sirey, París, 2001, p.50

Este hecho indica, que el Derecho Administrativo nació como un *corpus iudice* del “Estado de Derecho”, para canalizar dentro del Estado, los controles que deben serle impuestos a una persona que tiene a su cargo la atención de los “intereses públicos” y que concentra, dentro de ella, todos los privilegios que el *ancien régime* le asignaba al Monarca, que si bien no era un poder omnímodo sino que en lo sucesivo se basará en la Ley, no cabe duda de que la Administración Pública asumirá que es la Nación y no la representación de la Nación, la cual como no necesita control se entenderá que se “auto-controlará” ella misma.

A este respecto, no debe descuidarse el hecho, de que la *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen* de 1789, se circunscribía en el ámbito de esa nueva “religión de la libertad”, que propugnaba la igualdad y la fraternidad y la “división de poderes”, principios estos, que fueron asumidos como parte de los principios del Derecho Administrativo, influyendo en la evolución del Derecho Administrativo que “...se caracterizó por la extensión de la tutela judicial y, correlativamente, por la acentuación de los caracteres jurisdiccionales del contencioso administrativo”⁵⁹.

Esta disciplina del Derecho Administrativo, como parte del derecho público (*Huius studii due positionis sunt: publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinent*) debe indudablemente su existencia a la necesidad de controlar los actos del Ejecutivo; con el añadido de que dicho control será más eficaz en la medida que exista una “división de poderes” que someta al Estado a un determinado régimen de control, por lo que se sostiene que del sometimiento al Monarca se pasó al sometimiento a la Ley, lo que dio origen al “Estado de Derecho” continental⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. Carmen CHINCHILLA MARÍN, “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo” en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, p. 39.

⁶⁰ Jorge Reinaldo VANOSI, ha sostenido que “...fueron autores alemanes los que acuñaron la expresión “Estado de Derecho”, en la primera mitad del siglo pasado. Pero para esa época ya era una conquista de la cultura política el dato novedoso del sistema constitucional consagrado por los ingleses a partir de su Gloriosa Revolución del siglo XVII, como así también era realidad vigorosa la República establecida por la Constitución de Filadelfia de 1787 y, dos años mas tarde, las “conquistas” aportadas por la Revolución Francesa a partir de la famosa Declaración de agosto de 1789. Los alemanes aún no constituían un Estado nacional (lo lograrían en 1870) y se regían en la mayoría de sus

Obviamente sería ya lugar común señalar que a diferencia de Norteamérica, la conquista de la “Révolution Française” fue la “supremacía de la ley” y no de la Constitución, explicación ésta que basta para revelar porque Francia no contó con una Constitución que fuera a su vez “suprema” y “supralegal”⁶¹.

De manera magistral lo describe EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA:

...Será esa neutralización durante 200 años de la eficacia normativa de la Declaración lo que va a consolidar una idea de Constitución complementemente diferente a la americana, que es la que prevaleció en Francia, y por su influjo en todo el continente europeo, la que, como ya he indicado, pretende resolver sobre todo el problema de la titularidad del poder, enfrentando a la vieja soberanía del Rey la nueva soberanía de la nación. La idea rousseauiana de la voluntad general que da a la ley el supremo valor normativo, aparece aquí como el concepto clave. El problema central de la Constitución va a ser el de quien dispone del poder de hacer la ley, que es donde comienza propiamente, según Rousseau, el orden jurídico positivo, quien es el titular de ese poder supremo, al que se transpone el viejo concepto de soberanía nacido en

Estados por formas propias del “despotismo ilustrado”, o sea, de monarquías absolutas o cuasi – absolutas, en las que muy escasos resortes aminoraban la vigencia del principio según el cual el príncipe actuaba de legibus solutus. Los alemanes necesitaron, pues, gestar un nuevo concepto, acaso más modesto en sus pretensiones de contenido, para poder asumir ante el nuevo Estado de cosas en el mundo, la posibilidad de competir razonablemente en el ámbito de la aceptación de las formas institucionales. Es decir, que al no poder contar con un Estado “plenamente” constitucional, optaron por otra figura menos comprometida (en ese entonces), a la que imputaron ventajas análogas a las de los franceses y anglosajones”. Cfr. Jorge Reinaldo VANOSI, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, pp. 44 y ss.

⁶¹ A esa “superioridad política” de la Constitución se le denomina “supremacía”, y ello tiene estrecha relación con su innegable base política. Dicho sentido político alude a la cualidad política de toda Constitución, es decir, al conjunto de reglas que se tienen por cardinales, para la prolongación de la forma política, mientras que la “supralegalidad” sería la garantía jurídica de la “supremacía”. Lo interesante de ello es que toda auténtica Constitución debe presentar la vocación de transformar esa “supremacía” en “supralegalidad”. En los términos de Aragón Reyes “...esa vocación se presenta como irresistible (salvo muy raras excepciones) en las Constituciones auténticas, es decir, en aquellas que así, en sentido estricto, deben ser calificadas, pues, en tales Constituciones, la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra sólo puede operar (o si se quiere, sólo puede hacerse real y efectiva) a través de la supralegalidad”. Cfr. Manuel ARAGÓN REYES “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 50, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986, p. 23.

el corazón mismo de la monarquía absoluta y que va a conocer ahora su deslizamiento hacia un nuevo titular, la nación.

La Constitución es el instrumento que opera ese deslizamiento, formando el concepto clave de soberanía nacional. Ese poder supremo se residencia en la Asamblea Legislativa cuya regulación (origen, formación, organización, competencias, relación con los demás poderes) es el objeto esencial de la Constitución. Esta perspectiva alcanzará su clímax, su expresión más alta, en la concepción jacobina: la Asamblea, como único representante del pueblo, reúne todos los poderes, es titular absoluto de la soberanía y desde esta titularidad puede hacer y deshacer a su placer, sin que le resulte oponible ninguna persona capaz de oponerse a su omnipotencia; el art. 16 de la Declaración, que enunciaba un contenido teórico de la Constitución y su superioridad sobre el legislador, cede para centrarse en ese dogma de la soberanía. La Asamblea, como representante del pueblo, queda investida de todos los poderes de manera absoluta, todos los que al pueblo originario corresponden, que nada ni nadie podría condicionar.

Así como los americanos se esforzaron por construir un concepto de Constitución como figura jurídica caracterizada por su contenido (un *pactum libertatis*, del que han de quedar asegurados los derechos que se expresan en los *Bills of Rights* correspondientes, que legitima por este contenido de derechos la ruptura esenciales de los ciudadanos), los revolucionarios franceses colocan en primer término, como tema central, el de la sustitución de la titularidad de la soberanía, del Rey absoluto al pueblo, que pasará a ser, por el camino de los dogmas rousseauianos, un poder igualmente absoluto soberano⁶².

⁶² Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo. Conferencias en Argentina*, Civitas, Madrid, 2001, p. 95 y 97.

Así pues, el Derecho Administrativo en Francia surge como una disciplina soportada en la construcción de la “supremacía del legislador”, es decir, de la Ley, y no de la Constitución, ello aunado a la confusión entre “Administración” y “Justicia”, que producirá a la postre una confusión aguda entre prerrogativas del Poder Público y el derecho a la tutela del ciudadano-administrado, puesto que la sujeción a la Ley por parte del monarca, la existencia de tribunales para juzgar conductas de los súbditos, y el hecho que el monarca delegara en sus súbditos el aplicar la justicia y que esta aplicación en general no fuera arbitraria, son rasgos propios del *ancien regime*, los cuales infiltrarán al Derecho Administrativo y lo condicionarán hasta épocas recientes, alejándolo de la debida “constitucionalización”, a la que tiende la propia noción de Estado de Derecho.

No se olvide, que dentro del *ancien regime* la tutela judicial se encontraba en manos del Rey y su absolutismo determinaba precisamente la falta de control y contradicción de sus actos, aspecto del cual la doctrina heredó el llamado principio de la “ejecutoriedad” del “acto administrativo” que impone el privilegio de poner en práctica el acto, sin necesidad de un previo control del mismo por lo que a la hora de controlar sus decisiones, no parece descabellado afirmar que dicho principio es un un resabio del *ancien régime*, ya que tanto este principio como otros, tornan “explicable” la existencia de ciertos privilegios (la “ejecutividad” y la “ejecutoriedad” de los “actos administrativos” p. ejem.) asignados al Estado moderno, que conforme a la Constitución de 1999, serían inconstitucionales, al no hallar soporte dichos privilegios a favor de la Administración Pública (art. 141 CRBV).

Por otra parte, la imposibilidad de dictar órdenes contra la Administración Pública –*injonctions*– o la imposibilidad de anular las decisiones por parte de los cuerpos jurídicos, son cuestiones que tienen su reconocimiento en la “Revolución Francesa” y que han sido superadas recientemente en Francia a través de la paciente labor de los *arrêts* del Conseil d'État.

Los “actos administrativos”, con motivo de la creación del Conseil d'État fueron objeto de control en Francia, pero de una forma muy distinta al que establece el orden jurídico positivo venezolano actual, toda vez que el Conseil d'État, como

órgano revisor de las actuaciones de la Administración Pública, formaba y forma parte de la Administración Pública, con lo cual, se puede decir que no es un “control judicial” propiamente sino un control interno dentro del propio seno de la Administración.

Todos estos antecedentes no tuvieron influencia en Venezuela, pues los constituyentes del siglo XIX en Venezuela, desde nuestras primeras Constituciones, optaron por una organización política ajena al derecho continental europeo, pues se le asignó al Poder Judicial independiente *-una sola Jurisdicción, no dos como en Francia-* la función de controlar las actuaciones de la Administración Pública, del todo distinto al régimen tajante de “división de poderes” francés, que se articuló de esa forma para evitar que el Poder Judicial como órgano “conservador” pudiera enfrentar al Poder Ejecutivo y anularle sus decisiones, logrando un control judicial de los actos de la administración mediante “tribunales administrativos” en toda causa “contenciosa administrativa”, dejando al Poder Judicial toda causa civil conforme al famoso *arrêt Blanco*.⁶³

Conforme a la sucinta explicación histórica del “acto administrativo” en Francia, si resulta pertinente evaluar dicha recepción en Venezuela, teniendo en cuenta que de forma similar a lo que sucedió en Francia, la construcción de la noción del “acto administrativo” se ha elaborado atendiendo a los criterios del acceso al “contentieux administratif”, lo que ha impedido una construcción técnica de la figura jurídica del “acto administrativo” con perfiles propios, que como bien señala RAÚL BOCANEGRA SIERRA, esté “...dotada de regímenes jurídicos operativos y de una funcionalidad específica en el sistema del Derecho Administrativo al servicio de la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, que es, como vimos, su sentido original, al margen de su utilidad revolucionaria inicial para separar la actividad administrativa de la justicia”⁶⁴.

⁶³ De obligatoria referencia Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS “El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela” en *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 685-704; y del mismo autor, “Conferencia sobre El Derecho Administrativo en Venezuela” en el *1er Congreso Bolivariano de Derecho Administrativo*, Consejo de Estado, Cartagena, Colombia, 18 de julio 1983.

⁶⁴ Cfr. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La Teoría del Acto Administrativo*, Iustel, 1ª Edición, 2005, p. 53-54.

-|-

**LA NOCIÓN DE “ACTO ADMINISTRATIVO”
EN EL DERECHO VENEZOLANO Y EN EL DERECHO COMPARADO**

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

La expresión “acto administrativo” sin duda alguna, ha figurado como clave de bóveda del Derecho Administrativo. La noción, aparece por vez primera en Venezuela en sus Constituciones y en su legislación durante el siglo XX y no durante el siglo XIX, específicamente en la Constitución de 1931, durante el gobierno del General JUAN VICENTE GÓMEZ, a pesar de que se sostiene con mucha frecuencia, que el país recibió una importante influencia de la “Revolución Francesa”⁶⁵, aspecto no del todo acertado, pues en Venezuela durante el siglo XIX se puede sostener, que no contó con un auténtico y verdadero Derecho Administrativo, de allí quizás el silencio que opera en dicho siglo en materia de trabajos dogmáticos sobre esta disciplina.

En el Título Octavo, denominado “Del Poder Judicial” en su Sección Segunda “De la Corte Federal y Casación” se hacía mención expresa al vocablo “acto administrativo” en el artículo 120 de dicha *lex superior*, estipulándose en las atribuciones de la Corte Federal y Casación la posibilidad de:

Declarar la nulidad de los Decretos o reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las Leyes, cuando alteraren el

⁶⁵ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al Constitucionalismo Moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo n° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008, 369 pp. Con buen provecho Cfr. Germán CARRERA DAMAS, “Nuestra Revolución Francesa” en *Entre el bronce y la polilla. Cinco ensayos históricos*, Dirección de Cultura de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958, pp. 23-54.

espíritu, razón o propósito de ellas, y en general, declarar, cuando sea procedente, la nulidad de todos los actos a que se refieren los artículos 42⁶⁶ y 43⁶⁷ de esta Constitución, siempre que emanen de autoridad nacional o del Distrito Federal o de los altos funcionarios del Estado. La acción de declaración de nulidad de un **acto administrativo** por ilegalidad o abuso del poder caduca a los trece meses contados desde la fecha de publicación de dicho acto. La ilegalidad, como excepción, puede oponerse siempre. Cuando el acto tachado de nulidad fuere una resolución ministerial relativa a la ejecución, interpretación o caducidad de algún contrato celebrado por el Ejecutivo Federal, la Corte no podrá decidir sino mediante el procedimiento pautado en el número que sigue.⁶⁸ **(Subrayado nuestro)**

Dicha “Constitución” destacaba tres (3) aspectos sobre los cuales tenía atribución la Corte Federal y Casación, que valga resaltar, conjuntamente con los demás Tribunales y Juzgados que establecieran las Leyes, formaban el Poder Judicial de la República.

Estos tres (3) aspectos ya referidos, sobre los cuales la Corte Federal y Casación tenía la atribución de declarar la nulidad, eran los siguientes: 1) los “actos generales” de la administración; 2) los actos a que se referían los artículos 42 y 43 de dicha Constitución y 3) los “actos administrativos”⁶⁹.

Ahora bien, posteriormente, las Constituciones no emplearon el vocablo “acto administrativo”, a excepción de la Constitución de 1961 y la vigente de 1999.

⁶⁶ Ubicado dentro del Título Cuarto “De la Soberanía y del Poder Público”, dicho art. refería expresamente que “La Ley determinará todo lo relativo a la nulidad de los actos ejecutados por extralimitación de facultades”.

⁶⁷ Ubicado dentro del Título Cuarto “De la Soberanía y del Poder Público”, dicho artículo refería expresamente que “Es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza o de reunión de pueblo en actitud subversiva”.

⁶⁸ Cfr. Art. 120 ord. 12.

⁶⁹ Para una explicación detallada de cómo las Constituciones posteriores no volvieron a emplear el vocablo “acto administrativo” Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Italgáfica, Caracas, 1998, p. 97 y ss.

La Constitución de 1961, en su Título VII “Del Poder Judicial y del Ministerio Público”, Capítulo I de las “Disposiciones Generales” disponía en un célebre precepto que constitucionalizaba a la mal llamada “Jurisdicción Contencioso-Administrativo”⁷⁰ una referencia a la noción “acto administrativo” en los siguientes términos:

La jurisdicción contencioso-administrativa⁷¹ corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes

⁷⁰ No se olvide que en Venezuela, el Derecho Administrativo no se construyó con base en el criterio revolucionario francés de la “división de poderes” entre una “jurisdicción judicial” y una “jurisdicción administrativa”. En Venezuela la configuración de la competencia “contencioso-administrativo” se entendió como una mera competencia especializada en determinados tribunales para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, pero integrados en un único Poder Judicial. Cfr. Martín PÉREZ GUEVARA, “Prólogo”, en Allan R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ordenamiento Orgánico y Tributario del Estado, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 1-10.

⁷¹ Cfr. Luis TORREALBA NARVÁEZ, “Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y Algunas Relaciones de éste con el de la Jurisdicción Judicial Civil”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1951; AA.VV., *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; Gonzalo PÉREZ LUCIANI, “El sistema contencioso administrativo y el procedimiento administrativo”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 60-61; Nelson RODRÍGUEZ GARCÍA, *El sistema contencioso-administrativo venezolano y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 1982; Allan R. BREWER-CARÍAS, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1985, pp. 281 y ss; Jesús CABALLERO ORTIZ, *Contencioso de plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989; José ARAUJO JUÁREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1996; Allan R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII: Justicia Contencioso Administrativa, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997; Antonio CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Carlos Luis CARRILLO ARTILES, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996; Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998; Antonio CANOVA GONZÁLEZ, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Daniela UROSA MAGGI, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003; Allan R. BREWER-CARÍAS y Víctor R. HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 1ª ed, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010; Allan R. BREWER-CARÍAS y Víctor R. HERNÁNDEZ MENDIBLE, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 1ª ed, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010; 2ª ed, 2011; Allan R. BREWER-CARÍAS, “Balance y perspectivas de los treinta años del Control Judicial de los Poderes Públicos en Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, nº 149, Caracas 2010, pp. 193-208.

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, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.⁷² (**Subrayado nuestro**)

De igual modo, la Constitución de 1961 en su Capítulo II, titulado “De la Corte Suprema de Justicia”, hacía mención expresa al vocablo “acto administrativo”, señalando que:

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

6º Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de esta Constitución;

7º Declarar la nulidad de los actos administrativos⁷³ del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.⁷⁴ (**Subrayado nuestro**)

La referencia a la noción “acto administrativo” hasta la Constitución de 1961, se encuentra en las dos Constituciones antes advertidas; sin embargo, como se tendrá ocasión de analizar más adelante, producto de la amplitud que se le da a tal noción, se ha extrapolado su origen o mejor dicho su recepción en Venezuela, a otros actos sobre los cuales las Constituciones también hacían expresa mención.

⁷² Cfr. Art. 206

⁷³ Gonzalo PÉREZ LUCIANI, señalaba con bastante razón que “...Es criticable en esta Ley una terminología errónea, ya que en algunas de sus disposiciones menciona “actos generales” y “actos particulares” y en otras normas utiliza la expresión totalmente erróneas “actos de efectos generales”, “actos de efectos particulares” y “actos administrativos de efectos particulares”. La generalidad de una norma o la generalidad de cualquier acto jurídico está referida al número de sujetos a los cuales la norma se refiere, o por decirlo con otras palabras, por los sujetos para las cuales en cualquier forma la norma es eficaz, pero en ningún caso a los efectos, que se suelen clasificar en efectos declarativos o meramente declarativos y efectos constitutivos de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas”. Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Italgráfica, Caracas, 1998, p. 103.

⁷⁴ Cfr. Art. 215.

No se olvide pues, que en la construcción de la noción del “acto administrativo” ha existido una recurrencia por parte de la dogmática jurídica nacional en identificar dicha noción con arreglo a su vinculación procesal⁷⁵, lo cual desencadenó un total descuido por el necesario entendimiento de la definición, es decir, la verdadera “naturaleza” del “acto administrativo”.

Ello se afirma, por cuanto, el paso necesario en Venezuela por el empleo de dicho vocablo en estos textos constitucionales, debió pasar por la necesaria discusión conceptual de que se entiende por “acto administrativo” para que luego de dicha discusión pudiera entonces construirse todo el diseño procesal para dar cumplimiento al mandato constitucional vinculado a la cláusula del Estado de Derecho, como es, el “control jurisdiccional” de todos los “actos estatales”, en este caso, de la recurribilidad ante la “jurisdicción contencioso-administrativa” que se estrenaba prometedora a partir de la sanción del artículo 206 de la Constitución de 1961.

Antes de la Constitución de 1931, la Constitución de 1925 había confeccionado un sistema “contencioso-administrativo” separado del control jurisdiccional en materia de inconstitucionalidad, es decir, de la mal llamada “jurisdicción constitucional”⁷⁶, al establecerse en el artículo 120 de dicha Constitución por primera vez, la posibilidad de que la entonces Corte Federal y de Casación declarase “...la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el

⁷⁵ Una explicación histórica obviamente podemos hallarla en esta frase de Lorenzo Martín RETORTILLO BAQUER, “...Si proyectamos nuestro examen hacia el pasado, el concepto de acto administrativo ha jugado una parte importantísima de sus efectos al actuar como técnica de conexión, como auténtico puente, entre la Justicia y la Administración. Frente a la inmunidad de la Administración como tal, cabía, en cambio, que los Tribunales revisaran ciertos actos de la Administración. La calificación del proceso contencioso administrativo como proceso frente a los actos y no como proceso inter-partes ha gozado de un gran predicamento. La técnica del acto era, pues, la solución histórica más adecuada para controlar judicialmente a la Administración, en unas circunstancias que en conjunto y en línea general eran adversas a ello. De ahí que esta faceta procesal, por así llamarla, del acto administrativo haya causado servicios importantes y haya sido de gran utilidad” Cfr. Lorenzo Martín RETORTILLO BAQUER, “Actos Administrativos Generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones” en *Revista de Administración Pública* nº 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, pp. 235-236.

⁷⁶ Cfr. Pablo RUGGERI PARRA, *La supremacía de la Constitución y su defensa*, Caracas 1941; José Guillermo ANDUEZA, *La Jurisdicción Constitucional en el derecho venezolano*, Caracas 1955.

Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas”, es decir, la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo de anulación pero sólo contra los llamados por la doctrina “actos administrativos generales o individuales”⁷⁷ dictados por el Presidente de la República.

Esta atribución de la Corte Federal y de Casación fue ampliada respecto a todos los “actos administrativos” a partir de la Constitución de 1931 (art. 120,12), cuando estuvieren viciados de ilegalidad o abuso de poder. Ahora bien, con la Constitución de 1961, la atribución de la antigua Corte Suprema de Justicia en materia “contencioso administrativa” de anulación fue ampliada, para evitar

⁷⁷ Sobre la noción de “acto administrativo general” y “acto administrativo individual” que es una creación doctrinaria no empleada por dicha Constitución, nos parece de interés lo que esbozado la doctrina española “...Es cierto que un importante sector de nuestra doctrina ha insistido en señalar el carácter singular del acto administrativo al caracterizarlo como manifestación determinante de una situación jurídica individualizada. No podemos olvidar a este respecto que una de las más clásicas concepciones del acto administrativo lo parangonó con la sentencia judicial, y en definitiva, la sentencia no es sino la aplicación del derecho expresión de normas generales a un litigio concreto singularizado. Pero, sin embargo, hoy en día se admite sin dificultad la existencia de actos administrativos dirigidos a un grupo indeterminado de sujetos. El descubrimiento doctrinal de esta idea arranca de Thoma, quien al estudiar las características de la orden de policía en el derecho de Badén advirtió la existencia de órdenes generales, -esto es, dirigidas a una pluralidad de personas- que no tienen carácter normativo y que deben ser consideradas, en cambio, como auténticos actos administrativos. Fue el mismo Thoma quien elaboró la expresión de “allgemeine Verfügung” (orden general), admitida luego unánimemente por la doctrina. El ejemplo típico que se menciona en estos casos es el de la orden dada a los habitantes de una determinada calle en un día de nevada para que dejen limpias sus aceras [...] La existencia de actos administrativos generales no se justifica con una mera referencia erudita de derecho comparado. Ciertamente fue Thoma quien primero desarrolló la idea y que luego tuvo una gran acogida en el derecho alemán. Ello solo no nos sería aquí demasiado útil. Pero es que una parte bien significativa de nuestra doctrina admite sin ninguna dificultad la existencia de actos administrativos generales, de actos administrativos que están dirigidos a una pluralidad de personas. [...] A falta, pues, de un criterio particularizado extraído de la misma actuación administrativa analíticamente estudiada, sigue teniendo toda su vigencia un criterio externo, posicional, el criterio ordinamentalista, formulado ya por nuestra doctrina: la actuación administrativa será un Reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume en sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si, por el contrario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un Reglamento. Aplicando este criterio, la suerte del supuesto concreto que estudiamos es categórica, confirmando nuestra posición inicial, extraída de un análisis concreto de sus particularidades: una convocatoria de oposiciones no forma parte del ordenamiento jurídico, con toda evidencia, y a la vez, se consume en un solo y único cumplimiento, las oposiciones concretas a cuya celebración se dirige”. Cfr. Lorenzo Martín RETORTILLO BAQUER, “Actos Administrativos Generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones” en *Revista de Administración Pública*, nº 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, pp. 243-244; 245-246 y 249.

equivocos, para declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho e incluso por desviación de poder (arts. 215,7 y 206), texto que fue el que se recogió en la Constitución de 1999 (art. 259)⁷⁸.

En materia contencioso-administrativa de las demandas contra los entes públicos, la Constitución de 1830 (art. 145) y la Constitución de 1958 (art. 113,5) asignaron a la Corte Suprema competencia para “conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes”; la cual, fue ampliada en la Constitución de 1864 cuando se atribuyó a la Alta Corte Federal competencia para “conocer de los juicios civiles cuando sea demandada la Nación” (art. 89,6), dejándole también la atribución para “conocer de las controversias que resultaren de los contratos o negociaciones que celebrare el Presidente de la Unión” (art. 89,10)⁷⁹.

En la Constitución de 1925 por otra parte, y a partir de ella, dicha competencia se configuró definitivamente, al atribuirse a la entonces Corte Federal y de Casación, facultad para “conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones sobre nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquier otra que se susciten entre la Nación y los contratistas o concesionarios a consecuencia de contratos celebrados por el Ejecutivo Federal” (art. 120,13). Esta competencia fue eliminada en la Constitución de 1961, quedando la norma con la última redacción antes indicada en la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953 (art. 7,28), que estuvo vigente hasta 1976.

En la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 (art. 42,14) y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 (art. 5,25), dicha

⁷⁸ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, “Panorama general del Derecho Administrativo en Venezuela (2004)” en Santiago González-Varas Ibáñez (Coordinador), *El Derecho Administrativo Iberoamericano* n° 9, Ministerio de Administraciones Públicas (INAP)-Instituto de Investigación Urbana y Territorial, Granada. España, 2005, pp. 745-791.

⁷⁹ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Supremo de Justicia y los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*, Colección Textos Legislativos, n° 28, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 9-281.

competencia quedó reducida respecto de los “contratos administrativos”⁸⁰ suscritos por la República, los Estados y Municipios, mientras que en otros casos de demandas, de acuerdo a la Constitución, los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a su artículo 259, serían competentes para "condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración", donde está incluida la responsabilidad contractual⁸¹.

En materia contencioso-administrativa de las demandas contra los entes públicos, la Constitución de 1925 atribuyó a la entonces Corte Federal y de Casación competencia para "conocer en juicio contencioso y en los casos que determine la Ley, de las reclamaciones por daños y perjuicios que se propusieren contra la Nación, y de todas las demás acciones por sumas de dinero que se intenten contra ella" (art. 120,15); precepto ciertamente muy amplio, que configuró la jurisdicción de la antigua Corte Suprema como un fuero a favor de la República, lo cual se mantuvo exacto en las Constituciones posteriores, y sólo fue en la Constitución de 1947 cuando se le declaró como procedimiento contencioso-administrativo (arts. 20 y 220, Ord. 1º)⁸².

Ahora bien, si bien se fue configurando la “jurisdicción contencioso-administrativa” paulatinamente en Venezuela, no se tuvo en cuenta la necesidad de la construcción de una teoría general del acto administrativo con perfiles propios, ya que dicha construcción de la noción del “acto administrativo” se descuidó por completo, pues la dogmática jurídica nacional y la jurisprudencia principalmente, identificó solamente la noción “acto administrativo” con el dato de la recurribilidad del mismo en la “jurisdicción contencioso-administrativa”; es decir,

⁸⁰ Cfr. José Ignacio HERNÁNDEZ G., “Hacia los orígenes históricos del derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el derecho público y el derecho privado” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 147, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 39-72.

⁸¹ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Venezuela*, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, 91 pp.

⁸² Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, 238 pp.

la noción de “acto administrativo” se limitó a su vinculación procesal, lo que desencadenó un total descuido por el necesario entendimiento de la noción, es decir, la verdadera “esencia” del “acto administrativo”.

No extraña así, que solo se sostenga el lugar común de que un “acto estatal”, por ser “acto administrativo”, es recurrible ante la “jurisdicción contencioso-administrativa”, sin reparar en que la impugnabilidad es una consecuencia del carácter administrativo del acto y no su causa.

La teoría general del “acto administrativo” en Venezuela, debía determinar primero la “naturaleza” de los “actos administrativos” para luego saber si se trata de actos que siguen el régimen de impugnación “contencioso-administrativo” destinado a garantizar la constitucionalidad y la legalidad de las actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público, ya que lo más importante sin duda alguna, es determinar dentro de una concepción científica, la naturaleza de los “actos administrativos”, y *a posteriori* determinar la consecuencia de la recurribilidad de estos ante la “jurisdicción contencioso-administrativa”⁸³, aspecto que debe destacarse no ocurrió.

La Constitución de 1999, también se refiere a los “actos administrativos”, pero siguiendo lo dispuesto en la Constitución de 1961 los limita a su vinculación procesal, cuando señala que es competencia específica a los órganos de la “jurisdicción contencioso-administrativa” conocer de las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (arts. 140 y 259), lo cual abarca no sólo la responsabilidad contractual sino la extracontractual de la República y de otros entes públicos. Por otra parte, refiere la Constitución la noción de “actos administrativos” cuando señala que tiene atribuciones el Tribunal Supremo de Justicia para declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos

⁸³ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, “Estudio sobre la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos de registro” en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1975*, Caracas, 1976, pp. 139-195.

administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente (art. 266,5). (Subrayado nuestro)⁸⁴

1. *La legislación nacional y la definición del acto administrativo.*

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, mencionaba a los “actos administrativos” en varias de sus disposiciones, al estipular la competencia de la Corte, señalaba que esta podía declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional (art. 42,10); además de poder declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional (art. 42,12)⁸⁵. (Subrayado nuestro)

⁸⁴ Es importante destacar lo que al respecto ha señalado José PEÑA SOLÍS, “Ahora bien, a los fines de abogar por la aplicación en Venezuela de la tesis “ordinamentalista” española, que establece categóricas diferencias entre reglamentos y los actos administrativos, resulta imperativo demostrar, o por lo menos intentar hacerlo, que la Constitución –se refiere a la Constitución de 1999– en el precepto transcrito –se refiere al art. 266, 5 de la Constitución de 1999– no establece ninguna equiparación entre reglamentos y actos administrativos y mucho menos que haya establecido una relación de género a especie, dónde los segundos sean el género y los primeros la especie” agregando que “... el constituyente quiso establecer una neta diferencia entre actos administrativos y reglamentos, al contrario de lo que pareciera derivarse de la literalidad de la norma. Para sostener esta tesis apreciamos que el dispositivo constitucional forma parte de una norma atributiva de competencia del Tribunal Supremo de Justicia (art. 266), por ende, de naturaleza esencialmente adjetiva, lo que constituye un elemento importante en el proceso de interpretación, y permite excluir lógicamente el carácter sustantivo de la misma, y por tanto, desestimar que la intención de la Carta Magna sea establecer las categorías conceptuales de acto administrativo y reglamento, y mucho menos establecer una equiparación entre ambos, o partiendo de la expresión literal “y demás actos administrativos generales o individuales”, pretender que esa intención sea la de establecer una relación de género especie, donde el acto administrativo sea el primero y el reglamento la segunda”. Cfr. José PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*, Vol. 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, p. 547.

⁸⁵ La terminología de esta Ley es errónea ya que emplear expresiones como las de “actos de efectos particulares” (art. 121), “actos administrativos generales y particulares” (art. 42, 9 y Art. 42, 10) y “actos de efectos generales” (art. 112) es un total sin sentido ya que “...la generalidad de una norma o la generalidad de cualquier acto jurídico está referida al número de sujetos a los cuales la norma se refiere, o por decirlo con otras palabras, por los sujetos por las cuales en cualquier forma la norma es eficaz, pero en ningún caso a los efectos, que se suelen clasificar en efectos declarativos y efectos constitutivos de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas” Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 103.

También la Ley empleaba nociones tales como: “actos administrativos generales”; “actos administrativos individuales”; “reglamentos”; “demás actos del Ejecutivo Nacional”, además de la de “actos administrativos de efectos particulares” (art. 121 y 185).

Como se ha referido antes, la noción “acto administrativo” se ha construido - *del lat. constructio, -ōnis-*, en Venezuela principalmente sujeta a su vinculación procesal. Esta tradición se interrumpe cuando se promulga la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁸⁶, ya que ésta define al “acto administrativo” como aquella “declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública” (art. 7)

Dicha Ley es hasta hoy el único texto legal que regula *in totum* el régimen jurídico del “acto administrativo”, y es el único texto legal también que hace una definición del “acto administrativo” (arts. 7, 9 y 10). Sin embargo, dicha definición fue del todo inconveniente, no sólo porque no recogió el gran debate que se venía gestando en la jurisprudencia y doctrina, sino que tampoco satisfizo un concepto tan difícil como el de “acto administrativo”, aparte de como ya se ha destacado, incurrir en una mala técnica legislativa, ya que las definiciones legales siempre resultan inconvenientes, no solo porque muchas veces son definiciones incompletas sino que también dan origen a todas las interpretaciones imaginables e inconvenientes en su aplicación⁸⁷.

Según la Ley, se entiende por “acto administrativo” las declaraciones de carácter general o particular emitidas de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la Administración Pública, enfatizando

⁸⁶ Cfr. *Gaceta Oficial* nº 2.818 Extraordinaria de fecha 1 de julio de 1981. En varios preceptos de esta Ley se desarrolla el régimen de los “actos administrativos” (Cfr. 8, 9, 10, 14, 20, 21, 70, 71, 72, 73, 78, 79, 80 y 82)

⁸⁷ Esta Ley dice Gonzalo PÉREZ LUCIANI “...fue encargado por el Ministerio de Justicia venezolano a un pequeño grupo de profesores españoles de Derecho Administrativo que conformaron una especie de remedo de la Ley de Procedimientos española de 17 de julio de 1958 y que fue reformada por la de 26 de noviembre de 1992. En ninguno de esos dos textos se encuentra una definición de acto administrativo” Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 134.

que dicha noción es “a los fines de esta ley” (art. 7), lo que permite entender que la propuesta de definición no es universal, sino una definición a los efectos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 1 y 2) exclusivamente.

Esta definición “a los fines de esta ley” (art. 7), luce bastante inútil, ya que si es una definición muy particular, no se pudiera utilizar dicha definición para entender el empleo de la expresión “acto administrativo” en la Constitución de 1999 y en las leyes.

De hecho, la Constitución de 1999, se refiere a los “actos administrativos”, los “reglamentos” y “demás actos administrativos generales o individuales” del Ejecutivo Nacional (arts. 259 y 266,5) y la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010⁸⁸, se refiere a los “actos administrativos” en las competencias de la Sala Político Administrativa, del siguiente modo: “Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los ministros o ministras del Poder Popular, así como por las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional, cuyo conocimiento no estuviere atribuido a otro órgano de la Jurisdicción Administrativa en razón de la materia” (art. 26 ord. 5) y en otro precepto cuando indica que “Las demandas de nulidad que se ejerzan contra un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo del acto normativo sublegal que le sirve de fundamento, siempre que el conocimiento de este último corresponda a la Sala Político Administrativa.” (art. 26 ord. 6)⁸⁹. (Subrayado nuestro)

⁸⁸ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010.

⁸⁹ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS “Introducción General al Régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso electorales” en *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Supremo de Justicia y los Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso Electorales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos n° 48, Caracas, 2010, pp. 9-164.

Se aprecia como la Ley, se refiere a “actos administrativos” de “efectos generales” y de “efectos particulares”, además de “acto normativo sub-legal” que le sirve de fundamento al “acto particular”.

En cuanto a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁹⁰, se refiere a los “actos administrativos”, cuando señala que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para conocer de las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, incluso por desviación de poder (art. 9,1), y cuando refiere que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los Ministros o Ministras, así como por las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional, si su competencia no está atribuida a otro tribunal (art. 23,5)⁹¹. (Subrayado nuestro)

También cuando señala que los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes para conocer de las demandas de nulidad de los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por autoridades distintas a las mencionadas en el numeral 5 del artículo 23 de esta Ley y en el numeral 3 del artículo 25 de esta Ley, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de la materia. (art. 24,5), y cuando marca que los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes para conocer de las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, dictados por las autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, con excepción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la

⁹⁰ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 39.451 del 22 de junio de 2010.

⁹¹ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos n° 47, Caracas, 2010, pp. 9-151.

Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo (art. 25,3). (Subrayado nuestro)

Por último, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, menciona la noción “actos administrativos” en dos preceptos mas, el *primero*: cuando se refiere a las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares concernientes a la función pública (art. 25,6) y el *segundo*, cuando se refiere a la caducidad de las acciones de nulidad conforme a la regla siguiente: “En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales” (art. 32,1). (Subrayado nuestro)

Lo llamativo de todas estos preceptos, es que ninguno puede ser interpretado conforme a la definición que nos ofrece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pues como se advirtió, tal noción sirve única y exclusivamente “a los fines de esta ley” (art. 7), razón por la cual, puede afirmarse sin ambages que dicha definición es parcial y no científica.

Huelga señalar que la construcción de la noción del “acto administrativo” en Venezuela a partir de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se ha hecho tomando muy en serio la definición legal, a veces descuidando el hecho, de que para hacer una definición del “acto administrativo” que cumpla con las expectativas científicas, la misma debe ser formulada tomando en consideración todos los preceptos constitucionales y legales, normas que hablen de “acto administrativo” dentro del ordenamiento jurídico venezolano, trabajo que hasta ahora no se ha hecho, y que éste por sus finalidades tampoco pretende cubrir.

Esta tarea de definir exactamente qué cosa es el “acto administrativo” en nuestro ordenamiento jurídico, es obligatorio y necesario, no sólo para identificar un tipo de acto en específico de la amplia gama de actos que se emiten con

arreglo al ejercicio de la “actividad administrativa”⁹² frente a las actividades llamadas así de “gobierno”, “legislativa” y “judicial” del Estado, y para no dejar fuera de control “contencioso-administrativo” –*principio de control jurisdiccional de los actos estatales*⁹³–, algunos “actos estatales”, sino también para darle un régimen jurídico uniforme a tal institución cardinal del Derecho Administrativo. Por ello, es que la legislación, no puede estar definiendo el “acto administrativo” a los fines de cada una de las leyes que a bien tenga el Ejecutivo habilitado o la Asamblea Nacional dictar, porque sería el caos dentro de la interpretación del Derecho Administrativo.

2. *La definición del acto administrativo en el derecho comparado*

Otro aspecto a destacar en esta construcción de la noción del “acto administrativo” en Venezuela, es la influencia de las corrientes doctrinarias del derecho comparado, que han influido en la particular concepción del “acto administrativo” en Venezuela.

Del derecho comparado se ha tomado la pregunta en Venezuela, de si en verdad, el “acto administrativo” es una fuente del Derecho Administrativo, para responder de forma afirmativa y pacífica en Venezuela que si, por la influencia de la *Reine Rechtslehre (Teoría Pura del Derecho)* de HANS KELSEN, pues para éste autor el “acto administrativo” como decisión individual, equivale propiamente a una sentencia, pues rige para una persona especialmente designada.

De igual manera, del derecho comparado, ha tomado la doctrina nacional, la discusión típicamente francesa sobre si debe incluirse en la noción “acto administrativo” a los actos de alcance general de naturaleza normativa o

⁹² Cfr. José María BOQUERA OLIVER “Los Orígenes de la distinción entre Actividad Política y Administrativa” en *Revista de Administración Pública* n° 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, pp. 33-78.

⁹³ Cfr. VV.AA, *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; VV.AA, *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1997; VV.AA, *Contencioso Administrativo, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1995.

reglamentaria. No se olvide que JEAN RIVERO, al analizar las diversas categorías de las “decisiones ejecutorias” desde el punto de vista material, respondía que:

...La distinción más importante es aquella que distingue entre las decisiones reglamentarias, que establecen la regla general, y las decisiones individuales, que rigen para una persona especialmente designada. Resalta a menudo el carácter de generalidad común al reglamento y a la ley, para definir el reglamento como una ley material. La expresión no tiene sino un interés limitado, ya que el derecho francés, a diferencia de algunos derechos extranjeros, ve en el reglamento un acto administrativo sometido al mismo régimen que el acto individual. Esta unidad de régimen da lugar, sin embargo, a algunas excepciones que le dan, a la distinción entre las dos categorías de actos, su importancia práctica. Las principales se refieren a la forma de publicidad, a las condiciones de derogación o de retiro, a la competencia de los tribunales judiciales en lo que atañe a la interpretación y la apreciación de su legalidad⁹⁴.

Si bien RIVERO fue y ha sido un jurista de bastante influencia en Venezuela, debe destacarse que en la propia Francia, otras corrientes doctrinarias otorgaban más importancia a las distinciones y a los criterios “formales” que a las distinciones y a los criterios “materiales”, como destaca GEORGES VEDEL, al señalar que:

...En realidad, el reglamento tiene un régimen jurídico más próximo al de las decisiones no reglamentarias que al de la Ley. El acto reglamentario no es más que una variedad de la “*décision exécutoire*”; es uno más entre los actos administrativos; no participa para nada de la soberanía ni de la infalibilidad jurídica de la Ley⁹⁵

⁹⁴ Cfr. Jean RIVERO, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 104.

⁹⁵ Cfr. George VEDEL, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Traducción de la 6ª Edición Francesa, Madrid, 1980, p. 150.

Este aspecto destacado por VEDEL, se puede ver en la obra de ALLAN R. BREWER-CARÍAS en Venezuela, y con él buena parte de la doctrina nacional, pues siguiendo la doctrina gala, éste autor distingue a los “actos administrativos” en: a) “actos administrativos generales” y b) “actos administrativos individuales”, pero con la equivocación de sostener que dicha clasificación está basada en los efectos que producen el acto, con lo cual, los primeros provocan:

...efectos, generales, impersonales y objetivos. El tipo es el acto reglamentario. Los segundos producen efectos particulares, individuales y subjetivos⁹⁶.

La posición de BREWER-CARIAS, asimila a los “actos administrativos generales” con aquellos que puedan tener carácter normativo, con lo cual, los reglamentos también pasan a engrosar las filas de la noción “acto administrativo”, idea ésta que se ha convertido en una especie de afirmación no sujeta a disidencias⁹⁷.

Reténgase, que en la construcción de la noción del “acto administrativo” en Venezuela, las nociones de “acto administrativo” y de “reglamento” son asimilables, olvidando las diferencias en su régimen jurídico, lo que ha traído otro factor de distorsión en la construcción de la definición del “acto administrativo” en Venezuela, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Alemania, donde la Ley de Procedimiento Administrativo⁹⁸ conceptualiza el “acto administrativo” excluyendo del mismo, a los actos reglamentarios dictados por autoridades administrativas⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 152.

⁹⁷ Para observar una importante disidencia Cfr. José PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*, Vol. 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, p. 547 y ss.

⁹⁸ Cfr. Enrique LINDE PANIAGUA, “La Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana” en *Revista de Administración Pública*, nº 83, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, pp. 477-540

⁹⁹ Reza la Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal de Alemania lo siguiente en su actual 35 VwVfg que “...acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior”. Así Raúl BOCANEGRA SIERRA, sostiene un dato interesante que en la construcción de la noción del “acto

Así EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, sostienen respecto al “acto administrativo” que es:

...la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.¹⁰⁰

Esta tesis esbozada por los ilustres juristas españoles, excluye a los reglamentos de la noción de “acto administrativo”, que es compartida por lo demás, por otro destacado jurista en Latinoamérica como lo es JUAN CARLOS CASSAGNE, que la ha defendido igualmente de la forma siguiente:

...si se conviene que tienen un régimen jurídico distinto como consecuencia de que ambos son producto de funciones materialmente diferenciadas, entendemos que resulta más conveniente limitar la noción de acto administrativo a los actos de alcance individual, en razón de que ellos traducen el ejercicio de la función administrativa, en sentido material u objetivo. En cambio el reglamento, en cuanto importa el dictado de normas generales, implica siempre una actividad materialmente legislativa cuya regulación se encuentra sometida a principios específicos, algunos de los cuales tienen raíz constitucional, tal como acontece con la exigencia de la publicación impuesta por la

administrativo” en Venezuela se olvida deliberadamente o se pasa por alto, cual es la “...afirmación de que la desconexión de los actos administrativos del acceso al contencioso permite, en efecto, la construcción técnica de una figura jurídica de acto administrativo con perfiles propios, dotada de regímenes jurídicos operativos y de una funcionalidad específica en el sistema del Derecho Administrativo al servicio de la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, que es, como vimos, su sentido original, al margen de su utilidad revolucionaria inicial para separar la actividad administrativa de la justicia” Cfr. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La Teoría del Acto Administrativo*, Iustel, 1ª Edición, 2005, p. 53-54.

¹⁰⁰ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14º Edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 552.

necesidad de respetar la igualdad de los administrados ante las normas reglamentarias¹⁰¹ .

Esta postura doctrinaria que excluye al “reglamento” de la noción “acto administrativo”¹⁰², tiene pocos partidarios en Venezuela, a pesar de la gran influencia de la obra de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, la cual está claramente influida por la obra de GUIDO ZANOBINI, quien considera que los reglamentos “han de integrarse en la teoría de las fuentes”, muy distinta al otro sector autorizado de la doctrina española y mundial, de gran influencia también en Venezuela, como sería el caso de la obra de FERNANDO GARRIDO FALLA, quien considera que:

...No hay ningún inconveniente en que el concepto de acto administrativo abarque tanto al acto administrativo general como al concreto. Lo contrario no es sino un prejuicio que resulta del intento de encontrar una definición material de la función administrativa. Repetidamente hemos indicado que desde el punto de vista jurídico esto no interesa. Lo importante es encontrar el conjunto de actos sometidos al régimen jurídico administrativo y, ciertamente, que en este sentido hay que admitir que tan actos administrativos son los generales como los concretos o especiales, pues unos y otros están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico-administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión. Pero también es cierto que esta noción demasiado amplia

¹⁰¹ Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, 2º Edición, Buenos Aires, 1978, pp. 101 y 102.

¹⁰² Cfr. Jaime RODRÍGUEZ ARANA, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 124.

exige precisiones: los actos administrativos normativos tienen su sede propia de estudio en el capítulo de las fuentes del derecho¹⁰³.

Esta posición de GARRIDO FALLA, puede decirse que es casi unánime en Venezuela, y resulta importante establecer la diferencia de ésta, con la establecida por GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, pues esta diferencia entre “acto administrativo” y “reglamento”, así como qué actos son en verdad “actos administrativo”, no son productos de meras discrepancias terminológicas como señala AGUSTÍN GORDILLO, quien llega a sostener que:

...la cuestión es puramente de nombres, sin implicar en todos los casos problemas de fondo. Todo es cuestión de aclarar que se entiende por los términos pues si se toma la expresión acto administrativo en un sentido amplio, comprensivo de todos los actos jurídicos de la administración, entonces es claro que hay actos administrativos generales y bio plurilaterales; si a la inversa, se toma la expresión en sentido restringido, comprendiendo a una parte tan sólo de los actos jurídicos-administrativos, resultará que no existen actos administrativos generales y así sucesivamente¹⁰⁴.

Sin embargo, a pesar de la afirmación de GORDILLO se debe señalar que la discusión no es meramente terminológica, sino de fondo, porque no puede quedar al capricho de cada autor identificar algunos actos jurídicos-administrativos como “actos administrativos”, cuando el ordenamiento jurídico no autorizaría para ello, puesto que al identificar un acto jurídico-administrativo cualquiera como “acto administrativo”, deben tomarse en serio las consecuencias perjudiciales que ello tiene para el ciudadano.

¹⁰³ Cfr. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I. Parte General, 13ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 547.

¹⁰⁴ Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. El Acto Administrativo, 9ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, p. IV. 2.

Ahora bien, en cuanto a obras clásicas del Derecho Administrativo que han tenido influencia en la construcción venezolana del “acto administrativo”, puede destacarse la posición de MANUEL MARÍA DIEZ, quien se une a las posturas que defienden la inclusión de los actos de alcance general de naturaleza normativa o reglamentaria como “actos administrativos”, del modo siguiente:

...El acto administrativo supone el ejercicio de una actividad concreta, se refiere a casos concretos. De allí que todo acto que emane del agente administrativo y tenga carácter general o abstracto no será acto administrativo sino de la administración¹⁰⁵.

Esta tesis valga acotar, mereció una réplica por parte de MIGUEL S. MARIENHOFF, un jurista muy leído en Venezuela, el cual se refirió a la misma en los siguientes términos:

...la doctrina prevaleciente denomina “actos de administración” a los que agotan su eficacia en el ámbito interno de la Administración, sin establecer vinculaciones directas entre ésta y los administrados (vgr., instrucciones, circulares, etc.): en cambio, los reglamentos “autónomos” y de “ejecución” no sólo rigen en el ámbito interno de la Administración Pública, sino también en la esfera “externa” de ella¹⁰⁶.

Todas estas posturas doctrinarias han tenido una influencia en el Derecho Administrativo en Venezuela, y de ellas se ha nutrido la doctrina, jurisprudencia y legislación, trayendo como consecuencia una dudosa noción de “acto

¹⁰⁵ También afirma este autor que “...La declaración de voluntad debe ser concreta, especial; quedan por ello excluidos aquellos actos generales que no tienen por esa misma razón una finalidad administrativa. Así los reglamentos, que si bien son una fuente de derecho objetivo, no pueden ser considerados como actos jurídicos de la administración pública capaces de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica”. *Cfr.* Manuel María DIEZ, *El Acto Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1956, p. 75 y 79.

¹⁰⁶ *Cfr.* Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, 4º Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 230.

administrativo”¹⁰⁷ y un más que dudoso régimen jurídico del “acto administrativo”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre la Administración Pública y la noción del “acto administrativo” Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la Administración Pública*, 2ª. Edición, Tomo I, Caracas, 1984; Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 12ª Edición, Caracas, 2001; Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Ediciones Liber, 2ª Edición, Caracas, 2000; Allan R. BREWER-CARÍAS, *Derecho Administrativo*, Tomo II. (*La organización administrativa y la Administración Pública nacional. Los Estados y la Administración Pública estatal. Los Municipios y la Administración Pública municipal*), Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela, Bogotá, 2005; Allan R. BREWER-CARÍAS, “La Administración Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 47-73 y Allan R. BREWER-CARÍAS, Rafael CHAVERO GAZDIK y Jesús María ALVARADO ANDRADE en *Ley Orgánica de la Administración Pública. Decreto Ley nº 4317 de 15-07-2008*, Colección Textos Legislativos nº 24, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009.

¹⁰⁸ Al respecto Allan R. BREWER-CARÍAS ha afirmado con bastante claridad “...La codificación del procedimiento administrativo en América Latina, como se ha señalado, no sólo tiene por objeto regular los aspectos procesales de los trámites y actuaciones realizados por la Administración para la producción de sus actos, sino que ha incidido, materialmente, sobre el régimen mismo de los actos administrativos, regulando sus elementos o requisitos, el proceso de su elaboración, su forma o presentación, su eficacia, su ejecución y su impugnación en vía administrativa. Incluso, algunas leyes definen el acto administrativo, establecen sus clasificaciones, y por supuesto, regulan el tema de las nulidades con gran detalle” Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario - Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Legis, Bogotá, 2003, p. 183. Sobre el procedimiento administrativo, la doctrina venezolana se ha pronunciado. Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, nº 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 115-117; Allan R. BREWER-CARÍAS, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990; Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos, nº 16, 8ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, José ARAUJO JUÁREZ, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, 4ª Edición, Caracas, 2005; Luis BELTRÁN GUERRA, *El Acto Administrativo. La Teoría del Procedimiento Administrativo*, Caracas 1977; Agustín GORDILLO, “Algunos aspectos del procedimiento administrativo en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, nº 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 29-39; Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Procedimiento Administrativo. Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia, 1997, Eloy LARES MARTÍNEZ “Los Procedimientos Administrativos” en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 481-492; Luis H. FARIAS MATA “El procedimiento administrativo en Venezuela” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración VII (1984-1985)*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1986, pp. 277-295; Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 12ª Edición, Caracas, 2001; Henrique MEIER E., *El Procedimiento Administrativo Ordinario*, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 2004; Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, “El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado”, en *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 577-620; Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, “Análisis crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista del Consejo de*

3. *La doctrina nacional y la definición del acto administrativo*

Si bien la legislación ha tratado infructuosamente de solventar el problema de la definición del “acto administrativo”, debe afirmarse que la doctrina ha sido mucho más comprometida en ese noble propósito, pero sin que se llegue a un acuerdo definitivo. Y es que aun cuando son abundantes las definiciones que ha dado la doctrina más autorizada sobre el particular, se enunciarán a renglón seguido los conceptos más emblemáticos, organizados por los criterios más utilizados: el orgánico, funcional o mixto.

A. *El Criterio Orgánico*

La posición inicial sobre el criterio orgánico, puede leerse en la temprana obra del constitucionalista JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, quien refiriéndose a la definición del “acto administrativo” sostuvo lo siguiente:

...La Constitución venezolana acoge el criterio orgánico y formal para la distribución de competencias. Los actos legislativos son aquellos que emanan del Congreso. Pero el Congreso dicta leyes y otros actos. Para diferenciar estos diversos tipos de actos hay que acudir al criterio formal, es decir, hay que atenerse al procedimiento y forma prescritos para la producción de una ley o de un acto de control. Los actos administrativos, son aquellas declaraciones de voluntad de la Administración Pública sometidas al Derecho Administrativo. Esta

la Judicatura, n° 22, Caracas, 1981, pp. 15-35; Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *Procedimiento Administrativo*, 2ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983; Nelson E. RODRÍGUEZ G. “Notas sobre el procedimiento administrativo en Venezuela” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 71, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1988, pp. 11-105; Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, 2ª Edición, Ediciones Liber, Caracas, 2000; Gabriel RUAN SANTOS, “La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, n° 18, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 57-83; José PEÑA SOLÍS “La prescripción y la caducidad en el procedimiento administrativo y en los recursos contencioso-administrativos en Venezuela” en *Revista de Derecho Público* n° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 21-38 y Rubén LAGUNA NAVAS, “Actos y procedimientos administrativos” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 129, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2007, pp. 65-96.

manifestación de voluntad se expresa en diversas formas: el decreto, la resolución, las circulares e instrucciones de servicio, etc. Y los actos judiciales son aquellas declaraciones emanadas de un juez para concretar la voluntad de la ley. Estas declaraciones suelen recogerse en la forma de sentencia, que resuelve un conflicto de intereses, pero también puede adoptar la forma de “*auto*”, con el cual se dirige el proceso o se conceden autorizaciones que desde el punto de vista material pueden tener la naturaleza de acto administrativo.¹⁰⁹

Esta posición, posteriormente fue abandonada por el propio JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, para expresarse sobre el mismo punto del modo siguiente:

...La exposición de motivos, como se ve, acoge un criterio amplio de acto administrativo que no se ajusta a nuestro sistema constitucional. He sostenido que nuestra Constitución acoge un criterio orgánico y formal para la distribución constitucional de las competencias entre los órganos del Estado.

[...]

Como lo observa Carré de Malberg “la Constitución no construye una teoría funcional, sino un sistema orgánico de poderes. Por eso las funciones del Estado no suelen aparecer, en los textos constitucionales, más que en su aspecto formal” [...] Y esta afirmación de Carré de Malberg es particularmente cierta en la atribución de competencias a la Corte Suprema de Justicia. En esta materia la Constitución define la competencia del Tribunal Supremo teniendo en cuenta el órgano del cual emana el acto. En tal sentido la Constitución se refiere a “actos de los cuerpos legislativos” o a “actos de los cuerpos deliberantes” y a “actos del Ejecutivo Nacional”. En la única oportunidad en que la

¹⁰⁹ Cfr. José Guillermo ANDUEZA “Actos recurribles por inconstitucionalidad en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. 59.

Constitución hace una precisión en cuanto a la naturaleza del acto es precisamente cuando se refiere a los actos administrativos [...] pero en esta ocasión lo hace así para precisar que la Corte Suprema de Justicia es competente para declarar la nulidad de los actos administrativos que emanen del Ejecutivo Nacional y no de los gobernadores de Estado o de una autoridad municipal¹¹⁰

[...]

...En caso de admitirse el criterio de la función administrativa, independientemente del órgano del cual emane el acto para definir los actos administrativos, habría que llegar a otra conclusión importante. No todos los actos particulares emanados de los órganos legislativos son actos administrativos. Sólo en el caso de que las autoridades del Congreso, por ejemplo, ejerzan una función administrativa, el acto podrá calificarse de acto administrativo¹¹¹

Otra posición respecto al criterio orgánico, se encuentra en la obra del reconocido jurista ELOY LARES MARTÍNEZ, autor del célebre y famoso *Manual de Derecho Administrativo* con varias ediciones hasta la actualidad. Allí sostenía que:

...En un sentido orgánico, entendemos por actos administrativos, las declaraciones de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de los órganos de la administración y que tengan por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales.¹¹²

¹¹⁰ Cfr. José Guillermo ANDUEZA, "El control de la constitucionalidad y el Contencioso Administrativo" en VV.AA *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 3ª Edición, Colección Estudios Jurídicos n° 10, Caracas, 1993, p. 76 y ss.

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² Cfr. Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 136. Gonzalo PÉREZ LUCIANI ha dicho respecto a esta "definición" que: "a) El agregado en sentido orgánico luce un tanto innecesario ya que a continuación se dice "emanados de los órganos de la Administración", nota que sería suficiente. b) la definición está afectada con considerar los "efectos" como generales o individuales, cuando la generalidad o particularidad de una norma o acto no va referida a los efectos sino a los destinatarios. La justificación para usar estos términos obedece, a la mala

Luego de promulgada la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, ofrecía una extensa definición del “acto administrativo” basada en el criterio orgánico en los siguientes términos:

...El acto administrativo es definido por la ley sancionada en su artículo 7, en la siguiente forma: “Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la Administración Pública”. Se ha acogido así la noción formal u orgánica del acto administrativo, esto es la calificación de que tiene tal carácter, el acto que emana de la Administración Pública. Al efecto, existía en nuestra doctrina e incluso planteado a nivel de jurisprudencia, la controversia sobre si era o no procedente calificar como tal a los actos de otros poderes públicos de contenido esencialmente administrativo. En efecto, a nadie escapa que tanto los órganos jurisdiccionales como los legislativos realizan un sinnúmero de actividades administrativas, e incluso, dictan verdaderos y propios proveimientos administrativos que, como tales, deberían quedar cubiertos bajo la indicada denominación. Una corriente de opinión, sin embargo, estimaba que la noción de acto administrativo debía quedar limitada a las manifestaciones formales de los órganos administrativos,

redacción de algunos fallos de la antigua Corte Federal y de la Sala Político-Administrativa y a la impropia terminología que en algunas disposiciones presenta la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. c) Al adoptar la definición de ZANOBINI como modelo olvidó que para este autor los actos reglamentarios no se consideran actos administrativos en sentido estricto sino “fuentes del derecho” de modo que la definición del autor italiano solo está referida a los actos administrativos particulares o individuales. De allí la incongruencia en la definición de Lares Martínez de mencionar las declaraciones de juicio y de conocimiento que nunca podrían ser generales. Una manifestación de juicio como son los dictámenes o las opiniones tienen siempre una cuestión concreta dirigida a personas determinadas. Las declaraciones de conocimiento como serían las inspecciones también se refieren a un aspecto concreto de la realidad. d) Por último, no hacen sentido los comentarios del autor que al examinar el elemento de la definición que son las declaraciones de juicio, advierta que carecen de cualidad para efectuar actos administrativos los particulares, los órganos consultivos de la Administración y los órganos de ejecución. Los órganos consultivos tienen por función la emisión de declaraciones de juicio, u opiniones o dictámenes, que se incluyan en la definición de los actos administrativos”. Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Italgráfica, Caracas, 1998, p. 110 y 111.

tesis esta que predominaría definitivamente en nuestro sistema de derecho positivo al acogerlo la ley sancionada que comentamos.

[...]

Es una declaración “de carácter general o particular”. La redacción empleada no se adapta a la terminología usada por la norma constitucional seguida igualmente por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual alude a los actos de efectos generales y de efectos particulares, considerando así que el acto como tal no es ni general ni particular, sino que tales características son las consecuencias o efectos de la declaración. El englobar a los de carácter general en la noción de actos administrativos plantea de inmediato la duda de si los reglamentos pasan a ser considerados como actos administrativos y como tales sujetos a las disposiciones de la ley, o si por el contrario, los mismos se mantienen fuera de su esfera. Al efecto, al enumerar las distintas categorías de actos, el artículo 14 menciona a los “decretos” a los cuales define el artículo 15 como “las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República” y, en su caso, serán refrendados por aquellos Ministros a quienes corresponda “la materia”. Dos interpretaciones son posibles en el presente caso:

En primer lugar, puede considerarse que los reglamentos no se incluyen en la noción de acto administrativo, la cual si bien comprende a los actos generales no abarca a los actos generales normativos. De allí que, los reglamentos no serían considerados como actos administrativos, noción que queda limitada a los actos individuales y a los actos generales no normativos. Por lo que atañe a la circunstancia de que en la clasificación de los actos administrativos se incluyan a los decretos, tal circunstancia no conlleva a la inclusión de los reglamentos, por cuanto “decreto” es sólo la forma que puede revestir un acto y aun cuando la redacción de la ley alude a “las decisiones”, tal indicación no

constituye un elemento determinante de la noción, en la cual lo esencial es la forma que asume el acto.

Una segunda interpretación consideraría que los reglamentos quedan incluidos en la concepción del acto administrativo general, ya que el legislador no hizo distinción alguna y donde tal cosa sucede el intérprete no debe sustituirse en la intención del creador de la norma.

A nuestro entender emerge del texto mismo de la ley sancionada la exclusión de los reglamentos de la noción de acto administrativo, a pesar de la redacción del artículo que intentara definirlo. La clasificación que el artículo 14 hace de los actos no es sustancial sino orgánica, esto es, constituye una clasificación fundada en la jerarquía del órgano del cual el acto emana, en razón de lo cual no se clasifica el contenido mismo del acto, lo cual permite considerar que si bien todo reglamento del Poder Ejecutivo Nacional tendrá la forma de decreto, no todo decreto constituye un reglamento¹¹³.

Por otra parte, LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA, decidido partidario del criterio orgánico, al menos hasta 1976, sostuvo su postura en una crítica a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁴ señalando que:

...este predominio de lo material sobre lo orgánico no es evidente en la doctrina, al contrario, se piensa que lo que podría reconducir a unidad la teoría del acto administrativo es la observación de que los sometidos al régimen administrativo son solamente los dictados por la Administración [...] la atribución 9 del artículo 79 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, que somete al control contencioso de la Corte, no los

¹¹³ Cfr. Hildegard RONDÓN DE SANSÓ "Estudio Preliminar" en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria*, Colección Textos Legislativos, N° 1, 15° Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 80-82.

¹¹⁴ "...Prevalece el criterio de que tratándose de actos del Poder Público, la condición del acto administrativo no deriva, necesariamente, de la índole del organismo o funcionario que lo realiza, sino de la función o facultad que éste ejerce al realizarlo" Cfr. *Gaceta Oficial* n° 871, Extraordinario, de fecha 26 de agosto de 1963.

actos administrativos, sino, más explícitamente, los “actos de la autoridad administrativa” en cualquiera de sus ramas [...] en nuestra opinión, la referencia al criterio orgánico de clasificación de los actos administrativos es demasiado evidente, tanto en la Constitución como en la ley, para que la Corte pueda sustituirlo por otro¹¹⁵.

B. *El Criterio Funcional*

El más importante autor y iuspublicista venezolano, ALLAN R. BREWER-CARIÁS, en un momento, fue un decidido partidario del criterio funcional. Así, en su famosa tesis doctoral titulada “Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana” sostuvo que el “acto administrativo” era:

...aquella manifestación de voluntad realizada por una autoridad pública actuando en ejercicio de la función administrativa, con el objeto de producir determinados efectos jurídicos¹¹⁶.

C. *El Criterio Mixto*

Paradójicamente, es el mismo BREWER-CARIÁS, quien abandonó el criterio funcional antes referido, y ha permanecido fiel –hasta ahora– al criterio mixto en su vasta, prolija y maravillosa obra académica. Así pues, al igual que RONDÓN DE SANSÓ, una vez aprobada la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, BREWER-CARIÁS se pronunció sobre la definición legal del “acto administrativo” allí establecida, sosteniendo lo siguiente:

¹¹⁵ Cfr. Luis Enrique FARIÁS MATA “La Doctrina de los Actos Excluidos en la Jurisprudencia del Supremo Tribunal” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1971, p. 335. También Cfr. Luis Enrique FARIÁS MATA “Procedimiento para la fijación de Cánones de Arrendamiento en el derecho venezolano” en *Studia Jurídica*, n° 3, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973, pp. 423 y 425.

¹¹⁶ Cfr. Allan R. BREWER-CARIÁS, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p.117.

...Ante todo debo señalar que, en mi criterio, no es posible utilizar un criterio único para definir el acto administrativo. La heterogeneidad de sus formas y contenido lo demuestra y exige:

Por tanto, rechazo de plano la sola utilización del criterio orgánico que pretende definir el acto administrativo, según que sea emanado de los órganos del Poder Ejecutivo, no sólo porque contrariamente a lo que se ha afirmado aquí, no está acogido por la Constitución, sino porque dejada fuera de la calificación como acto administrativo a actos que indudablemente lo son, aun cuando no emanen de autoridades ejecutivas, sino de órganos legislativos o judiciales: los actos de ejecución presupuestaria o de administración de personal público emanados del Presidente del Congreso o del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, y para sólo citar uno.

Me aparto también de la sola utilización del criterio material que en otra época, catorce años atrás, yo mismo utilicé y que define el acto administrativo por el ejercicio de la función administrativa, pues identifica lo inidentificable: acto estatal con función estatal, cuando ambos conceptos son sustancialmente distintos. La utilización de este solo criterio, por ejemplo, dejaría fuera de su categorización como actos administrativos a los actos dictados por autoridades administrativas en ejercicio de la función jurisdiccional, como serían muchos de los actos emanados, del Director de Inquilinato y del Director de Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento, y para también solamente citar un solo ejemplo.

Por último, también rechazo la sola utilización del criterio formal para definir el acto administrativo en base a su carácter sublegal, es decir, a que se trate de acto de ejecución inmediata de la legislación,

porque si bien es útil para su identificación frente a actos estatales de carácter sublegal como son los actos judiciales.¹¹⁷

Agregando en otra obra de masiva consulta en las Universidades actualmente, y que vio la luz luego de la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que el “acto administrativo” es:

...Toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero, por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa. En todos esos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general.

En esta forma, considerando a todos los actos estatales dentro de una perspectiva global, quedarían excluidos de esta definición de actos administrativos, los actos cumplidos por los órganos del Poder Ejecutivo en función de gobierno, es decir, los actos de gobierno y que no son de rango sublegal sino que, al contrario, son de rango legal. También quedarían excluidos los actos cumplidos por los órganos del Poder Legislativo en función Legislativa, como las leyes, por ejemplo, o en función de gobierno, como serían también las leyes o los actos parlamentarios sin forma de Ley; o en conexión con la función

¹¹⁷ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, “El problema de la definición del acto administrativo” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 39-40.

jurisdiccional como ciertos actos parlamentarios con forma de Ley; o en fin, en función administrativa de rango legal, como serían también ciertas leyes o de actos parlamentarios sin forma de ley. Por último, quedarían también excluidos de la noción de acto administrativo, los actos cumplidos por los órganos del Poder Judicial, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, las sentencias o autos de los tribunales¹¹⁸.

D. *Críticas al criterio orgánico, material y mixto de la doctrina nacional*

De lo antes referido, luce obvio que la utilización del criterio orgánico para la definición del “acto administrativo” ha sido el más recurrente. Dicho criterio conduce a la identificación entre órgano administrativo y “acto administrativo”, y a identificar a los “actos administrativos” con aquellos emanados de la Administración Pública como complejo orgánico. Las posiciones de JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, ELOY LARES MARTÍNEZ, LUIS HENRIQUE FARIÁS MATA e HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, sin perjuicio de otras, resultan las más emblemáticas.

¹¹⁸ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos, n° 16, 8ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 141-142. Sobre esta definición, Gonzalo PÉREZ LUCIANI apunta que “La definición de BREWER-CARÍAS tiene una amplitud mayor que la de cualquier tratadista del que tengamos conocimiento, al identificar al acto administrativo con todos los actos del Estado, excluidos la ley formal y las sentencias de los tribunales. De una noción así nada se puede predicar: no se puede decir que tales actos crean situaciones jurídicas, las modifican o las extinguen, no puede decirse tampoco que tales actos gocen de imperatividad o de ejecutoriedad, no puede decirse de todo ellos que tengan lo que alguna doctrina llama “*presunción de legalidad*”, no todos ellos se forman mediante un procedimiento administrativo, no todos ellos están sujetos a los mismos recursos y así indefinidamente. Una definición semejante no permite ni las generalizaciones ni las precisiones propias de una disciplina científica. La definición de BREWER-CARÍAS es una especie de sincretismo jurídico entre teorías como las del austríaco Adolfo MERKL por lo que se refiere a la nota o característica de actividad sub-legal o de actividad de ejecución inmediata de la ley para identificar las actividades propiamente ejecutivas de la administración y justicia. Además la aceptación de la teoría de que las funciones del Estado son cuatro: gobierno, legislación, administración y justicia, como un postulado o un axioma, casi como un dogma. La falta de definir lo que se entiende por una función del Estado y de precisar en qué consisten tales funciones” Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Italgráfica, Caracas, 1998, p. 119.

En relación con la posición de ANDUEZA, se destaca su postura anti-criterio funcional para definir los “actos administrativos”, identificada con el criterio orgánico, con lo cual todo “acto administrativo” resulta para él, una manifestación de voluntad de la Administración Pública, entendida ésta como conjunto de órganos que ejercen el Poder Ejecutivo.

En cuanto a la posición de LARES MARTÍNEZ, decididamente partidario del criterio orgánico, se observa la intención de casi toda la doctrina, de lograr una justificación procesal; que permita identificar qué “actos administrativos” pueden ser objeto de control por parte de la “jurisdicción contencioso-administrativa”, compartiendo conceptos con FARIÁS MATA, quien afirma que este criterio orgánico es el único criterio capaz de unificar o reconducir a unidad la “actividad administrativa”, además de ser el más idóneo para la identificación de las “funciones del Estado”.

La posición de LARES MARTÍNEZ y de FARIÁS MATA se asimilan pues, ya que ven en el criterio orgánico la justificación procesal; que permita identificar, qué “actos administrativos” pueden ser objeto de control por parte de la “jurisdicción contencioso-administrativa”, ya que sólo los “actos administrativos” son aquellos que son dictados por la Administración Pública y los actos de ésta son controlados únicamente por la “jurisdicción contencioso-administrativa”.

En cuanto a RONDÓN DE SANSÓ, debe destacarse, que si bien es partidaria del criterio orgánico, trató de hacer una distinción del “acto administrativo” a la usanza del Derecho Administrativo italiano diferenciando el “acto administrativo” propiamente tal del así llamado “proveimiento administrativo”. Así pues, RONDÓN DE SANSÓ define al “proveimiento administrativo” como el “acto autoritario de la Administración”, a través del cual se actualiza la potestad autoritaria de la Administración Pública orgánicamente considerada, por lo cual no basta que el acto emane de una autoridad administrativa dotada de potestad para dictarlo, sino

que es necesario que este acto sea una manifestación actual de esa autoridad¹¹⁹, lo que sin duda la ubica entre el criterio orgánico y el criterio funcional.

En cuanto al criterio funcional, esbozado inicialmente y luego abandonado por BREWER-CARIÁS, debe destacarse que es la contracara del criterio orgánico basado en la identificación entre el órgano (Administración Pública) y el acto producido, que conlleva a adoptar un criterio material rígido, y que consiste en la identificación entre la función y el acto producido en su ejercicio, el cual acarrea que todo “acto administrativo” sólo puede ser dictado en ejercicio de la “función administrativa”, la cual consiste en el cumplimiento de “actos administrativos” por parte de una autoridad competente.

Por último, en cuanto al criterio mixto, podemos identificar las dos últimas citas antes expuestas de BREWER-CARIÁS y concluir que es sencillamente, un criterio que se basa en una mezcla de criterios formales, orgánicos y materiales.

Lo llamativo de estos criterios, es que el derecho positivo venezolano vigente no asume a plenitud la tarea de enunciar una caracterización material, formal u orgánica de la Administración Pública, quizás, porque sin duda alguna, es una materia de entre las tradicionalmente, que llevadas a los textos constitucionales, sea la única que actualmente carece en su totalidad de una regulación definida en las Constituciones.

Por otra parte, si bien el criterio orgánico y el material han sido denunciados por insatisfactorios, el propuesto y presuntamente superado criterio mixto no deja de ser una propuesta que se erige como criterio único¹²⁰, y del cual nos ocuparemos en otro lugar de este trabajo.

¹¹⁹ Cfr. Hildegard RONDÓN DE SANSÓ “Introducción al Estudio del Acto Administrativo” en *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, p. 786.

¹²⁰ Valga acotar la reflexión precisa de MUÑOZ MACHADO en relación al concepto de Derecho Administrativo totalmente aplicable al del concepto de Acto Administrativo. “...Se ha dicho con alguna frecuencia (y hay razones sobradas para avalar la afirmación) que es difícil encontrar una disciplina científica en la que, como en el Derecho Administrativo, el tema del concepto se haya resistido más a una comprensión pacífica por parte de los autores; los criterios que éstos mantienen al respecto varían, en efecto, según coordenadas de tiempo y lugar; los especialistas de un mismo país discrepan, en ocasiones, radicalmente en sus concepciones y es difícil, en cualquier caso, dar con posiciones

4. *La jurisprudencia nacional y la definición del acto administrativo*

En cuanto a la construcción que sobre el “acto administrativo” ha hecho la Jurisprudencia en Venezuela, es pertinente comenzar por referir una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, la cual define que se entiende por “acto jurídico”. Allí la Corte, sostenía que:

...dentro del concepto general de hecho jurídico, hay que señalar a la vez un grupo importantísimo de acaecimientos, cuya característica consiste en que son la expresión de la voluntad humana. A esta clase de hechos es a la que se le da el nombre de actos; y, en consecuencia,

doctrinales que hayan logrado sobrevivir en su formulación original, durante un número más o menos corto de años. Las causas del fenómeno son, desde luego, variadas, pero cabe destacar, de momento, una de ellas. Como, con toda precisión ha explicado RIVERO, una razón fundamental del desacuerdo de la doctrina es que ésta se ha empeñado en una tarea nada fácil de concluir y en exceso ambiciosa; los autores, en efecto, no se han conformado con delimitar el contenido de la disciplina haciendo mención de sus rasgos fundamentales o instituciones básicas, esto es, describiéndola, sino que se han lanzado a la búsqueda de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la disciplina y de dar cuenta acabada de sus singularidades. La aplicación de dicho criterio único a las instituciones y comportamientos jurídicos serviría para concretar en cada caso el ámbito del Derecho Administrativo. Pues bien, la ya larga historia de la búsqueda de un criterio único con arreglo al cual definir el Derecho Administrativo, es a la vez la pequeña historia de sucesivas frustraciones, los intentos y construcciones doctrinales han sido muy variados, algunos extraordinariamente brillantes, y, sin embargo, han terminado siendo abandonados por inservibles por más que, durante algún tiempo, hubieran mantenido una posición hegemónica (son buen ejemplo de ello la historia del servicio público tiempo atrás o, en nuestros días, las tesis subjetivas u orgánicas). Ningún intento doctrinal ha sido un hallazgo definitivo; ninguno, tampoco, se ha visto libre de las críticas más duras: los defensores de las tesis orgánicas y subjetivas las reciben de los partidarios de la función administrativa y éstos no logran dar con la nota más característica de dicha función: el interés general, el acto ejecutivo, la *puissance publique*, el servicio público, la exorbitancia del Derecho común, se suceden en las preferencias doctrinales; las tesis negativas o residuales suelen ser rechazadas de plano, con radicalismos dogmáticos a veces no fácilmente justificables, pues, cuando menos, como afirmaba recientemente HERZOG, se ajustan al principal cometido de delimitar la actividad administrativa y, sobre todo, de separar el acto administrativo de los actos legislativos y judiciales. Todo parece, en fin, conducir a hacer razonable la duda sobre si es viable la definición del Derecho Administrativo conforme a un criterio único; RIVERO, entre otros, concluye que dicho criterio no existe y que a lo más que hay que aspirar es a encontrar un conjunto vario de criterios con arreglo a los cuales sea posible determinar el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo e identificar sus instituciones”. Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración” en *Revista de Administración Pública* nº 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, pp. 519 y 520.

Acto Jurídico es el acaecimiento, caracterizado por la intervención de la voluntad humana, para la realización de un fin jurídico determinado¹²¹.

Ahora bien, según la Corte Suprema de Justicia, “acto jurídico” no es lo mismo que “hecho jurídico”; de hecho, éste último, según la Corte es:

... un acaecimiento o suceso que produce una modificación jurídica. Para precisar tal cuestión conviene partir del concepto previo del hecho jurídico. En efecto, se admite doctrinalmente que, dentro del conjunto de fenómenos que la realidad presenta continuamente, cuando se examinan las diversas modificaciones que van sufriendo en el devenir de la vida diaria, se encuentra, como causa o motivo de ellas, un determinado acaecimiento o suceso del que se considera precisamente como efecto aquella específica modificación de la realidad: este suceso o acaecimiento se conoce con el nombre de hecho. Cuando la realidad sobre la que el hecho opera es una realidad jurídica, el suceso que la determina a su vez, un hecho jurídico, o sea, un suceso o acaecimiento que produce una modificación jurídica¹²².

Si bien, ya se refirió la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en materia de “acto jurídico” y de “hecho jurídico”, queda por revelar qué ha entendido la jurisprudencia por “acto administrativo”.

La primera noción que existe jurisprudencialmente en materia de la noción de “acto administrativo” se basaba en un criterio orgánico y está vertida en una sentencia de la Corte Federal de fecha 5 de agosto de 1958. Allí se sostenía que:

...la decisión ejecutoria es toda declaración de voluntad que tenga por objeto producir un efecto de derecho, dictada por una autoridad

¹²¹ Cfr. CSJ-CP 15-3-62, *Gaceta Oficial* n° 760 Extr., 22-3-62, p. 5.

¹²² Cfr. CSJ - CP15-3-62, *Gaceta Oficial* n° 760 Extr., 22-3-62, p. 5.

administrativa en forma que entrañe el procedimiento de acción directa.¹²³

La segunda referencia jurisprudencial en materia de “acto administrativo” se basaba igualmente en un criterio orgánico, vertida de igual forma en una sentencia de la Corte Federal de fecha 9 de abril de 1959, allí se decía que:

...aquellos actos emanados de la autoridad administrativa, que no produzcan per se efectos jurídicos, no podrán ser objeto de impugnación, como si fueran un acto administrativo¹²⁴.

Por otra parte, en la jurisprudencia, se destaca un criterio similar al sostenido por la Corte Federal en fecha 3 de junio de 1959, que se sustentaba en un criterio orgánico vinculado a la noción de “décision exécutoire” de raigambre francesa, en los términos siguientes:

...Se consideran actos administrativos aquellas declaraciones de voluntad realizada por la Administración con el propósito de producir un efecto jurídico determinado. Ahora bien, de acuerdo con la mencionada atribución 9ª artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte, las acciones y recursos previstos en dicha norma han de referirse, directa y concretamente, a Resoluciones Ministeriales y en general a todos los actos de la Autoridad Administrativa en cualquiera de sus ramas, dictados con abuso de poder u otras ilegalidades. Tales Resoluciones y actos de la Autoridad Administrativa, no son en realidad otra cosa que actos administrativos, esto es, declaraciones de voluntad realizadas por la Administración con el propósito de producir un efecto jurídico y

¹²³ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 21, 1958, p. 71. En cuanto a la jurisprudencia: Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. BREWER-CARÍAS y Luis ORTIZ ÁLVAREZ, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005 y la prestigiosa colección de la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana que va de la Revista n° 1 a la Revista n° 123 (1983-2011).

¹²⁴ Cfr. G.F. n° 24, 1959, pp. 62-63.

tendientes a crear una situación jurídica individualizada. Para que un acto administrativo pueda ser atacado por abuso de poder u otras ilegalidades, es condición indispensable que la realización de dicho acto conste en alguna forma, ya en un documento que contenga el obrar de la Administración, o bien demostrado por medios probatorios legales¹²⁵.

Un cambio en la noción de “acto administrativo” se da ese mismo año de 1959, ya que la Corte Federal en sentencia de fecha 3 de diciembre de 1959, esbozaba que los “actos administrativos” eran:

...Manifestaciones de voluntad de la administración pública que afectan a la situación jurídico-administrativa personal o patrimonial de un administrado, como son las que crean o definen una situación de Derecho Administrativo¹²⁶.

Si bien las nociones referidas se pueden englobar dentro de un criterio orgánico, se observa la gran influencia de la doctrina de la “*décision exécutoire*” francesa, la cual se patentiza en la sentencia de la Corte Federal de fecha 2 de junio de 1964, que establecía por lo demás, que los “actos administrativos” eran:

...Manifestaciones de voluntad emanadas de las autoridades administrativas y que tienen por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales¹²⁷.

Ahora bien, un cambio realmente significativo en relación con la noción de “acto administrativo” ocurrió con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de agosto de 1965, la cual superaba el criterio “orgánico” por un criterio “material” del modo siguiente:

¹²⁵ Cfr. G.F. nº 24, 1959, p. 260.

¹²⁶ Cfr. G.F. nº 26, 1959, p. 142.

¹²⁷ Cfr. *Gaceta Oficial* nº 27.474, 25-6-64, p. 204 y 365.

...Doctrinalmente el concepto de acto administrativo ha quedado delineado, como aquella manifestación de voluntad realizada por una autoridad pública actuando en ejercicio de la función administrativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser, o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general¹²⁸.

Si bien este criterio material fue sostenido en la sentencia antes referida, dos años más tarde la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 2 de noviembre de 1967, volvió a una noción basada en los efectos que produce el acto, ligada a la noción de la “*décision exécutoire*”¹²⁹ francesa, al sostener que:

...Entre dichos actos se hallan los actos administrativos que, por definición, son declaraciones de voluntad realizadas por la Administración con el propósito de producir efectos jurídicos¹³⁰.

Por último, en cuanto a las nociones o definiciones que la jurisprudencia históricamente ha elaborado para la noción del “acto administrativo”, no se puede pasar por alto la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1 de febrero de 1971, en el que hace una referencia a una definición legal del “acto administrativo”. En palabras de la Sala:

...Esta Sala considera que la medida de expulsión del país, dictada por el Ejecutivo Nacional, en contra del ciudadano Francisco Wytack, de nacionalidad belga, es, ciertamente un acto administrativo, ya que por definición se trata de una manifestación de voluntad, emanada de una autoridad administrativa, y cuyo objeto fue el de producir un efecto de derecho, en este caso de carácter individual. Más aún, el carácter de

¹²⁸ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 27.845, 22-9-65, p. 207 y 324.

¹²⁹ Cfr. Jean RIVERO y Jean WALINE, *Droit Administratif*, 20° Édition, Dalloz, Paris, 2004, pp. 333 y ss.

¹³⁰ Cfr. G.F. n° 58, 1967, pp. 42-47.

acto administrativo de la referida medida, se desprende del texto mismo de la ley de la materia, la cual en su artículo 52 establece que "la inadmisión y expulsión de extranjeros previstas en esta Ley, se consideran como actos administrativos o medidas de simple policía, y en nada se opone a la expulsión, que, como pena, trae el Código Penal que sólo pueden imponerse en virtud de sentencia de los tribunales competentes, conforme a los trámites de la Legislación venezolana". El examen acerca de la legitimidad o ilegitimidad del referido acto administrativo, es decir, el análisis de si en el mismo se cumplieron o no, las condiciones necesarias para su validez corresponde exclusivamente a la Corte, en conformidad con el ordinal 9º del artículo 7º de su Ley Orgánica¹³¹.

Una distinción importante en el decurso de la construcción de la noción de "acto administrativo" en la jurisprudencia en Venezuela, es la de "actos de la Administración". La noción de "actos de la Administración", parece provenir de la postura que acepta que existen "actos administrativos" y "actos de la administración" basados en el derecho privado que obviamente no son "actos administrativos".

La base de tal distinción opera de la siguiente manera: existen actos que derivan de un *jus imperii* y "actos de la administración" que no se dictan con arreglo al *jus imperii*, puesto que la Administración Pública puede conforme al *jus imperii* obrar como sujeto de derechos y obligaciones y puede obrar como sujeto de derechos y obligaciones sin ejercer su *jus imperii*.

Si se trata del primer supuesto, el de que la Administración Pública (Poder Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal) actúa ejerciendo su poder impositivo, el otro sujeto de la relación jurídica creada en virtud de ese poder, se encuentra en un plano de subordinación; mientras que si se trata del segundo supuesto, el de que la Administración Pública actúa no ejerciendo *jus imperii* la relación jurídica

¹³¹ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 29.443, 17-2-71, p. 220.

que surge sería vista como producto de la concorde voluntad de las partes de la relación jurídica, con lo cual, se encontrarían las partes de la relación jurídica en planos de coordinación y no de subordinación.

La justificación a tal propuesta se halla justificada por la doble actividad del Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal ya que estarían determinados y condicionados por el ordenamiento jurídico nacional, *primero*: la actividad como Poder Público está sometida orgánica y funcionalmente al derecho público, y *segundo*: la actividad como sujeto de derechos y obligaciones sin el ejercicio del *jus imperii* está sometida al derecho privado (común y especial), cuya misión es la de regir el nacimiento, efectos, modificaciones y extinción de las relaciones jurídicas que se forman o contraen a su amparo.

Por ello, es que conforme a esta idea, las “declaraciones” de voluntad del Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal cuando obran en el ejercicio del *jus imperii* constituyen verdaderos “actos administrativos”, esto es, actos que emanan directamente de la potestad administrativa y que por tanto, están sometidos al derecho público (Derecho Administrativo principalmente); en cambio, las declaraciones de voluntad del Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal que tienden, no a crear o a regular coactivamente situaciones jurídicas frente al Poder Público, sino a “constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir” convencionalmente con los particulares vínculos jurídicos de derecho privado, no son “actos administrativos” en el sentido propio y exacto de la expresión, sino actos de derecho privado, regidos en consecuencia por éste. En palabras de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de agosto de 1965:

...Las autoridades administrativas no solo producen actos administrativos sino que, según su competencia, pueden dictar actos sometidos al derecho privado¹³².

¹³² Cfr. *Gaceta Oficial* n° 27.845, 22-9-65, pp. 207 y 324.

Valga resaltar, que este criterio “orgánico” que se ha referido antes, ha tenido siempre la contracara del criterio “*material*” que también ha estado presente en la evolución de la jurisprudencia venezolana. Una sentencia significativa fue la de la Corte Federal y de Casación en Sala Federal de fecha 23 de febrero de 1950, que sin duda fue un antecedente a la de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de agosto de 1965 antes referida. La Corte así sostuvo lo siguiente:

Los actos administrativos se definen por su contenido, carácter o finalidad y no por tratarse simplemente de actos provenientes de un funcionario administrativo.

[...]

Aunque en forma genérica se designan como funcionarios públicos aquellas personas que mediante nombramiento prestan de modo permanente un servicio a la Administración Pública, y los miembros de la Junta Directiva del Hipódromo, son designados por Resolución Ministerial y mediante nombramientos, con el expreso cometido de dirigir y administrar una dependencia ministerial (letra H, artículo 68 del Reglamento de la Ley de Ministerios), podría concluirse que sí tienen el carácter de funcionarios públicos los referidos miembros de la Junta Directiva del Hipódromo Nacional, no bastaría el solo hecho de ser funcionarios públicos, para que todo acto que éstos verifiquen, sea, se convierta o se transforme en acto administrativo, independiente de su contenido, carácter o finalidad.

[...]

Pero aún en el supuesto de que se atendiera al aspecto puramente formal para calificar de administrativos esos actos, tan sólo en razón de que procedan o emanen del Ejecutivo Federal, tal calificación por sí sola no sería suficiente para fundamentar la excepción de inadmisibilidad, puesto que, entre otras razones, por eso no dejarían de tener los particulares acción para atacar tales actos.

Efectivamente, es conocido, que el principio de la separación de los Poderes acogido por nuestra Carta Fundamental, lo es en la forma flexible, o mejor, que dicha separación permite cierta intervención de un Poder en los actos de otro. Expresamente está consagrada la intervención del Poder Judicial en el ejercicio del Poder Público para obtener la máxima seguridad jurídica dentro del sistema del Estado de Derecho. Precisamente, atendiendo a la necesidad práctica de la diversidad de actos que puede verse obligado a realizar el Ejecutivo Federal en uso de su facultad administrativa, actos que lo llevan a imponer a los particulares o a estipular con ellos determinadas situaciones jurídicas, la propia Constitución a la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y otras disposiciones legales, abren a los particulares las vías de que pueden valerse para obtener el control legal de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, Ahora bien, esas vías o recursos tienen unos el carácter de no contenciosos, como son en general los llamados de control de la constitucionalidad, y otros el carácter de contenciosos, como son en general los calificados de recursos administrativos. De modo pues que al calificarse de acto administrativo la cuestión que ha dado origen a la presente controversia, la acción a que ella daría lugar tendría que ventilarse en juicio contencioso, y por razón de la materia ante esta Sala, conduciendo en último resultado el procedimiento a perseguir la validez o nulidad del acto atacado¹³³.

En esa misma línea, la Corte Federal y de Casación en Corte en Pleno de fecha 4 de abril de 1951, sostuvo lo siguiente:

...Son Resoluciones Ministeriales los actos administrativos dictados por un Ministerio dentro de sus atribuciones, cuando actúa por orden del Presidente de la República. Se plantea en esta forma una cuestión

¹³³ Cfr. G.F. n° 4, 1950, pp. 84-89

que la Corte considera que debe resolverse como previa. En uno de los párrafos de la demanda, el solicitante se expresa en estos términos: "...La Constitución y leyes definen las atribuciones y facultades de los Poderes Públicos, que deben mantenerse en sus límites"; por eso, dispone el art. 42 de la Constitución que "todo lo que extralimite dicha definición constituye una usurpación de atribuciones" y también dispone el art. 43 ejusdem "que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos". La misma Constitución que crea esta garantía y definición de atribuciones, crea el ejercicio del derecho, o sea, la acción de declaración de nulidad de un acto administrativo por ilegalidad o abuso de poder y confiere competencia para resolver esa nulidad a la Corte Federal y de Casación, conforme al numeral II del art. 128 de la Constitución"¹³⁴.

Otra importante sentencia, fue la de la Corte Federal y de Casación en Corte en Pleno de fecha 1 de octubre de 1952, en la que sostuvo lo siguiente:

...El carácter de acto administrativo no se lo da el órgano que lo ejerce, sino su propia naturaleza lo tipifica como tal. Los actos de carácter administrativo, como los judiciales, fiscales, lo son por su naturaleza, por la cuestión que en ellos se ventila, y no cambia ese carácter ni suspende ni restringe la facultad del funcionario a quien la Ley le da competencia para conocer y decidir, la circunstancia de que otra autoridad conozca de asunto semejante y aun conexo con aquél.¹³⁵.

De estas últimas sentencias, se puede notar como el cambio del criterio "orgánico", se debió a una construcción jurisprudencial que empezó a optar por un criterio "material" en la que está indisolublemente ligado el criterio de la "función administrativa". En base a esto último, la Corte Suprema de Justicia en Sala

¹³⁴ Cfr. G.F. nº 7, 1952, pp. 17-18.

¹³⁵ Cfr. G.F. nº 12, 1952, p. 18.

Político Administrativa, de fecha 18 de julio de 1963, para definir el “acto administrativo”, optó por sostener que:

... se caracteriza por su propia naturaleza, y no por el órgano del cual emana. Prevalece en la doctrina el criterio de que, tratándose de actos del Poder Público, la condición de "acto administrativo" no deriva, necesariamente, de la índole del organismo o funcionario que lo realiza; sino de la función o facultad que éste ejerce al realizarlo¹³⁶.

Añadiendo la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa que:

... Cuando el Estado ejerce la función administrativa, es titular de un interés público, empeñado en realizar determinados fines, que los efectúa a través de los actos administrativos. En el acto administrativo, propiamente dicho, el Estado es titular de un interés público y actúa frente a intereses privados, es parte de la actuación, es un sujeto de la relación jurídica que el acto supone o implica, y trata de realizar determinados fines, aun cuando sometido a la Ley, relacionándose con otros sujetos de derecho. 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 esgrima frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa¹³⁷.

Por otra parte, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 2 de noviembre de 1967 sostuvo en resguardo del criterio “material” que:

La actividad del Consejo Universitario, en ejercicio de sus funciones, realiza una actividad administrativa y por lo tanto sus actos son actos

¹³⁶ Cfr. G.F. n° 41, 1963, p. 116.

¹³⁷ Cfr. G.F. n° 41, 1963, p. 117

administrativos [...] En la motivación que recoge este fallo se ha dicho ya que los Acuerdos del Consejo Universitario de la Universidad de Los Andes que son objeto de la impugnación tienen el carácter de actos administrativos individuales y que por ello no deben ser confundidos, en virtud de su propia naturaleza, con los actos reglamentarios o legislativos violatorios de la Constitución ó de la Ley. La actividad cumplida por el Consejo Universitario es de orden administrativo y de este mismo orden la función que se ejerce para determinarla por cuanto el órgano mencionado, es una entidad a quien se le confía en parte muy importante la realización de un servicio público, cuya protección realiza el Estado como gestor del interés general a través de la actuación administrativa que ejecuta ese órgano mediante la práctica de las funciones que impone dicha gestión. Por esta razón el Acuerdo impugnado tiene el rango de un acto administrativo jamás equiparable con el que realizan otros órganos del Poder Público para formar una Ley o para derogarla en las materias propias de la competencia legislativa [...] Por tales motivos resulta impropio reconocerle efectos legislativos a un acto administrativo que no los tiene en virtud de las siguientes razones: porque el Acuerdo tantas veces mencionado emana de un órgano administrativo con aptitud legal para efectuarlo; porque dicho Acuerdo se refiere a una materia propia de la administración universitaria; porque todo lo relativo a reincorporación, jubilación o pensión del personal docente universitario está incluido en las atribuciones que la Ley acuerda al Consejo Universitario; porque la declaración de voluntad contenida en el acto que se impugna no tiene alcance legal sino los propios efectos administrativos particulares queridos por el órgano que la dictó, cuyo propósito era la revocación del Acuerdo de fecha 6 de marzo de 1959 y la suspensión, por consiguiente, de los efectos de este acto administrativo individual; porque tal como se aprecia del contenido del Acuerdo en estudio, ni los motivos que lo inspiraron, ni la finalidad perseguida con el

pronunciamiento que contiene ni las formalidades cumplidas para sancionarlo, exhiben vicios que de alguna manera pudieran significar la invasión del campo legislativo o constitucional por parte del Consejo Universitario¹³⁸.

Por último, no se pueden dejar de mencionar dos importantes sentencias, la primera de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 27 de mayo de 1968, en la que la Corte sostuvo que:

Todos los actos que emanan de la Administración Pública no constituyen actos administrativos, es necesario que reúnan determinados requisitos y caracteres [...] Conforme al criterio establecido por esta Sala, la condición del acto administrativo no emana, necesariamente, "de la índole del organismo que lo realiza, sino de la función o facultad que éste ejerce el realizarlo". Tal conclusión surge del supuesto, admitido y reconocido por la doctrina administrativa, que atribuye carácter complementario y de recíproca cooperación a los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones, en forma tal que unos y otros "según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe". Este parecer no desconoce el principio de la separación de los Poderes ni la ineficacia de los actos realizados con usurpación de autoridad. Por el contrario, en opinión de esta Sala "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 de nombramiento de jueces que hace este mismo Tribunal"; y a la inversa, se atribuyen al Poder Ejecutivo, funciones legislativas, como la reglamentación parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu,

¹³⁸ Cfr. G.F. nº 58, 1967, pp. 46-48

propósito y razón, que es considerado como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, 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. [...] Para establecer la diferencia entre el acto impugnado por los recurrentes y el acto administrativo propiamente dicho, en la referida sentencia se hizo el análisis siguiente: a) en el acto administrativo el Estado es titular de un interés público y actúa frente a los intereses privados; b) en el acto administrativo la administración es parte de la actuación, es un sujeto de la relación jurídica contenida en el acto y trata de realizar determinados fines relacionados con otros sujetos de derecho, dentro del marco legal de sus atribuciones; c) el acto administrativo no realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico pues tal potestad corresponde a la función legislativa; no conoce ni decide acerca de las pretensiones entre partes, lo cual es propio del ejercicio de la función judicial; d) en el acto administrativo, por el contrario, la administración es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio y directo de la función administrativa. [...] En virtud de lo expuesto es lógico concluir que las decisiones que dictan los Inspectores del Trabajo en el procedimiento de calificación de despido de los trabajadores, conforme al artículo 198 de la Ley de la materia, no deben confundirse con los actos administrativos contrarios a derecho, sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa que ejerce este Supremo Tribunal en razón de la competencia que le atribuye el artículo 206 de la Constitución ni constituye tampoco esa decisión un acto administrativo del Ejecutivo Nacional susceptible de ser declarado nulo por esta Corte, en uso de la potestad que le atribuye el ordinal 7º del artículo 215 de la Constitución, pues tales decisiones no reúnen las características ni llenan los requisitos ya definidos del acto administrativo. En consecuencia, sólo compete a la Corte conocer de los recursos de nulidad contra los actos

administrativos del Ejecutivo Nacional, Estatal o Municipal en virtud de las disposiciones constitucionales indicadas y de lo previsto en el ordinal 9º del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte, concordante con ellas; y los actos del Poder Legislativo, con base en lo ordenado por las disposiciones 3ª, 4ª y 5ª del artículo 215 de la Constitución¹³⁹.

Y la segunda sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de julio de 1969, por ostentar una particular importancia en la construcción de la noción del “acto administrativo” por la influencia que ejerció y todavía ejerce en la concepción que se tiene del “acto administrativo”. Allí la Corte sostuvo lo siguiente:

Los actos del Poder Público no constituyen por sí solos actos administrativos; depende de la función o facultad que el Estado ejerza al realizarlo para que constituya o no acto administrativo. [...] Así, en sentencia de 18 de julio de 1963, esta Suprema Corte señaló: "Prevalece en la doctrina el criterio de que, tratándose de actos del Poder Público, la condición de acto administrativo no deriva, necesariamente, de la índole del organismo o funcionario que lo realiza; sino de la función o facultad que éste ejerce al realizarlo. Lejos de ser absoluto, el principio de la separación de 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 señalen las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe". En el acto administrativo propiamente dicho, el Estado es titular de un interés público y actúa frente a intereses privados, es parte de la actuación, es un sujeto de la relación jurídica que el acto supone o implica, y trata de realizar determinados fines, aun cuando sometido a la Ley, relacionándose con otros sujetos de derecho. No realiza una función creadora dentro del ordenamiento

¹³⁹ Cfr. G.F. nº 60, 1968, pp. 115-118.

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 [...] Pero no se trata de una decisión que configure un acto administrativo, porque no está dirigida a tutelar un interés público, cuya titularidad corresponda al Estado; no desarrolla una actividad destinada a proveer a objetivos concretos, administrativos, sino que la administración se manifiesta como un tercero frente a los sujetos de una relación jurídica laboral, y en la cual ella interviene para facilitar, mediante declaraciones revestidas de certeza por el ordenamiento jurídico, el ejercicio de sus derechos a los particulares. La certeza de la declaración referida no excluye, como se ha dicho, la competencia de los Tribunales del Trabajo, únicos llamados a decidir sobre la existencia o inexistencia del derecho declarado sea por vía de acción o de excepción, para el caso de que el patrono se niegue al cumplimiento voluntario. El apremio administrativo consagrado en el artículo 14 del Decreto N° 125, bajo la forma de multa que puede imponer el Inspector del Trabajo, al patrono remiso a pagar a sus trabajadores el remanente de utilidades, podría conducir, en caso de ejercicio del recurso de apelación, o de nulidad de la respectiva Resolución Ministerial, bien al planteamiento de una cuestión prejudicial, o bien a un pronunciamiento incidental del Juez administrativo sobre la actuación declarativa del Inspector del Trabajo. Pero dicho examen, si bien puede servir de fundamento a la decisión de anular el acto sancionatorio, no sería idóneo para enervar el derecho de crédito de los trabajadores, ni vincularía al Juez del Trabajo ante quien fuere solicitado el cumplimiento forzoso de la obligación¹⁴⁰.

En la construcción de la noción del “acto administrativo” en el período antes esbozado, queda por referir otra sentencia que se debatió por un criterio

¹⁴⁰ Cfr. G.F. n° 65, 1969, pp. 70-74.

“material”. La Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa de fecha 19 de diciembre de 1974, sostuvo lo siguiente:

...Los actos administrativos pueden emanar de órganos legislativos en ejercicio de la función administrativa. La actividad jurídica de los órganos del Poder Público se manifiesta mediante actos que la doctrina clasifica ordinariamente en constituyente, legislativos, administrativos y jurisdiccionales. La designación de los miembros de la Comisión Delegada por la Asamblea Legislativa de un Estado si bien es un acto legislativo atendiendo al órgano del que emana, es, desde el punto de vista material, un acto administrativo, por cuanto, en virtud del mismo, se crea una situación jurídico subjetiva en relación con determinados funcionarios de la cual dimana para éstos derechos y deberes que los inviste de una situación especial en relación con los restantes miembros del cuerpo legislativo¹⁴¹.

Es importante referir la sentencia líder de la Corte Federal de fecha 9 de agosto de 1957 en cuando a las características que presenta respecto de la noción del “acto administrativo” y que le permitió a la doctrina partir de dichas características y ofrecer una “definición” supuestamente omnicompreensiva.

...Los actos administrativos se caracterizan, frente a los actos de derecho privado, por la presunción de legitimidad, por su ejecutoriedad y por ser susceptibles de control de legalidad. No debe olvidarse tampoco que los actos administrativos presentan caracteres propios que los distinguen con toda precisión de los actos del derecho privado, pues, aparte de la subordinación a las normas positivas, *–bien sean leyes o reglamentos–*, que es requisito común a todos los actos jurídicos, cualquiera sea su naturaleza, tanto de derecho público como derecho privado, los actos administrativos se caracterizan, a) por la

¹⁴¹ Cfr. G.O. nº 1741 Extr., 21-5-75, p. 26.

presunción de su legitimidad, b) por su ejecutoriedad, c) por su subordinación a la equidad y a la oportunidad y d) finalmente, por su "*Sindicabilidad*", examen o control por el poder jurisdiccional. Frente a la presunción de legitimidad y a su ejecutoriedad, que los pone por encima de los actos de derecho privado, y que significan ingentes garantías para la Administración Pública, por lo mismo que siendo consecuencia directa de la presunción puede, desde el momento preciso que lo profiere, hacerlo ejecutar por quien corresponda. Ello, porque la presunción de legitimidad tiene por fundamento la preocupación y necesidad de evitar todo posible retardo en el desenvolvimiento de la actividad de la Administración Pública, siendo así que la ejecutoriedad responde al mismo principio, la rapidez de la acción para el logro del bienestar público [...] De esta guisa, los administrados cuentan con una preciosa garantía que los pone a cubierto contra posibles excesos de los funcionarios, aún cometidos por error. Porque la subordinación a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que, con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público¹⁴².

5. *La problemática definición del "acto administrativo" a los efectos del control "contencioso administrativo".*

La noción "acto administrativo"¹⁴³, como se ha advertido, fue elaborada por la jurisprudencia venezolana con la intención más que evidente de lograr un perfecto

¹⁴² Cfr. G.F. nº 17, 1957, pp. 134-135.

¹⁴³ Notará el lector que no hemos referidos criterios del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, pero la razón se explica porque quien escribe está convencido de que las posiciones de estos órganos no añadió nada distinto a las posturas antes referidas. Cfr. Caterina BALASSO TEJERA, *Jurisprudencia sobre actos administrativos. 1980-1993*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, 897 pp.

sistema “contencioso-administrativo”¹⁴⁴ que permitiera el control de todos los “actos estatales”, es decir, de todos los actos y actuaciones de la Administración Pública, además de todos los actos de los órganos que ejercen el Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal), de allí pues, la vinculación procesal de la noción “acto administrativo”.

De conformidad con el artículo 259 de la Constitución de 1999, puede afirmarse que todos los “actos administrativos” y por consiguiente todas las “actividades administrativas” quedan sometidos al control “contencioso-administrativo”, el cual está concebido no a la usanza francesa, sino basada en un sistema que permite al juez contencioso administrativo, evaluar la constitucionalidad y legalidad, para someter a Derecho todos los actos estatales, es decir, todos los actos y actuaciones de la Administración Pública, y además de todos los órganos que ejercen el Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal).

De hecho la Constitución señala que la “jurisdicción contencioso administrativa” corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley , siendo los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los 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).

La Constitución de igual manera establece que los órganos de la “jurisdicción contencioso-administrativa” son competentes para anular los “actos administrativos generales o individuales” contrarios a derecho, por lo que no cabe

¹⁴⁴ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, “Los recursos contencioso-administrativos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

ningún tipo de distingo respecto de los “actos administrativos”, para pretender que alguno de ellos no estén sometidos a control jurisdiccional.

Y es que en la construcción de la noción del “acto administrativo” en Venezuela, se puede decir, que la crítica principal, es que la doctrina y jurisprudencia perdieron de vista elaborar una noción científica del “acto administrativo” debido a la búsqueda por sólo vincular la noción con un efecto principal –control “contencioso administrativo”– que en este caso sería evitar que existan actos excluidos de control.

En la tarea de la doctrina y de la jurisprudencia por definir el “acto administrativo”, se dio por supuesto la idea de que la misma tiene sólo sentido a los efectos del control “contencioso-administrativo” a fin de tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos, razón por la cual, no podía adoptarse un sólo criterio único y excluyente (criterio orgánico), sino todos los criterios (orgánico, material y mixto) para supuestamente hacer efectivo el principio de la universalidad del control jurisdiccional, lo que acarreó innumerables problemas y confusiones en el entendimiento de esta vital institución del Derecho Administrativo: el “acto administrativo”.

6. *Acotación al criterio orgánico del “acto administrativo” y a los vaivenes jurisprudenciales.*

Tradicionalmente se ha predicado que el “acto administrativo”, a los efectos del artículo 259 de la Constitución, puede definirse conforme al clásico criterio “orgánico”, en el sentido de que son “actos administrativos” aquellos emanados de los órganos del Estado que conforman la Administración Pública orgánicamente considerada.

Dicho criterio “orgánico” identifica al “acto administrativo” con toda decisión adoptada por los órganos de Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal

Central, de la Administración Descentralizada¹⁴⁵ y de las organizaciones con autonomía funcional.

Así pues, los “actos administrativos”, en sentido “orgánico”, serían todas las manifestaciones de voluntad que en ejercicio del Poder Público emanan de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal sin distingo alguno, los cuales obviamente, son susceptibles de ser impugnables ante los órganos de la “jurisdicción contencioso-administrativa” -salvo que por Ley expresa su cuestionamiento se atribuya a otros tribunales-, la cual siempre puede y debe controlarlos, independientemente de cuáles puedan ser las normas jurídicas que le puedan ser aplicables, además por supuesto, de las de Derecho Administrativo, superando así el confuso criterio sostenido por la Corte Federal antes citada (sentencia de fecha 3 de diciembre de 1959) en el que se aducía que la “jurisdicción contencioso-administrativa” sólo conocía de pretensiones fundadas en preceptos de Derecho Administrativo, con la nota de advertencia de que la Corte no se refirió a “actos administrativos” sometidos al Derecho Administrativo.

¹⁴⁵ En cuanto a los órganos de la “Administración Descentralizada”, “actos administrativos” serían sólo los emanados de los órganos u entes que ejercen el Poder Público, y por tanto, que han sido creadas por Ley (Institutos Autónomos) o a los que la Ley les ha conferido tale potestades. (art. 142). Ahora bien no se olvide que además del poder presidencial para fijar el número, organización y competencia de los ministerios y de los otros organismos de la Administración Pública, dejando para el ámbito de la ley orgánica solamente el señalamiento de los “principios y lineamientos” para tal actividad, el Ejecutivo Nacional, cuenta con poderes para organizar la “Administración Centralizada” y la “Administración Descentralizada”, excluyendo a los “Institutos Autónomos” que deben crearse mediante una ley (art. 142), aun cuando la propia Constitución dispone una posibilidad cierta, de que se autorice al Ejecutivo por Ley Nacional a crear entidades funcionalmente descentralizadas o actividades sociales y empresariales (art. 300).

-II-

**LA CONSTITUCIÓN Y LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE
“ACTO ADMINISTRATIVO”**

La doctrina nacional mayoritaria no ha hecho suya aquella afirmación antes referida de la Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de julio de 1969, de que los actos del Poder Público no constituyen por sí solos “actos administrativos”; pues el dato prioritario para saber sí el mismo es o no es “acto administrativo” estaría sustentada en la “función” o facultad que el Estado ejerza al realizarlo, para que constituya o no “acto administrativo”.

En el entendido de que el Estado ejerce varias “funciones”, se sostiene que el principio de la “separación de poderes” implica el carácter complementario de los diversos órganos a través de los cuales el Estado ejerce sus “funciones”; de suerte tal, que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señale la Constitución y las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe, tesis harta discutible y sobre la cual dedicaremos algunas líneas en el capítulo siguiente.

El dato característico según esta función del “acto administrativo” es sin ninguna duda, el de que el Estado –y en específico los órganos que ejercen los Poderes Públicos (Nacional, Estatal y Municipal)– al ser titular del supuesto “interés público” y actuar frente a “intereses privados”, deviene en sujeto de la relación jurídica que el acto supone o implica, en una actuación muy particular, que se basa en la voluntad de realizar determinados fines, aun cuando sometido a la Constitución y Ley, relacionándose con otros sujetos de derecho.

No realiza la Administración Pública con el “acto administrativo” una “función creadora” dentro del ordenamiento jurídico que es propia de la “función legislativa”, ni con él se manifiesta cuando conoce y decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, lo cual es típico de la “función jurisdiccional”;

sino cuando es sujeto de derecho, titular de intereses, y agente propio de la “función administrativa”.

Por ello se dice, que uno de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999, es el de la división horizontal o división orgánica de los órganos que ejercen el Poder Público (“poderes públicos”), independientes y autónomos entre sí, que ejercen no sólo las tres clásicas ramas del Poder Público: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial; sino además, las ramas Ciudadana y Electoral. Dicha penta-división del Poder Público Nacional conlleva a complejos orgánicos diferenciados y separados.

En el caso de la Constitución de 1999, los órganos que ejercen el Poder Público, 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 (art. 284), la Contraloría General de la República (art. 267) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y juntas (art. 293).

Conforme a la doctrina, esta novedosa penta-división del Poder Público nacional (art. 136), se dice que no es rígida, ya que todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (arts. 136 y 3), ejerciendo entonces así, las funciones propias que la Constitución y las leyes les asignan, las cuales no son exclusivas ni excluyentes, ya que en dicho ejercicio, pueden haber “interferencias”¹⁴⁶ por parte de los órganos de los otros “poderes estatales”.

¹⁴⁶ Por “interferencias” entendemos aquí la distorsión constitucional del principio de división del Poder Público o de “separación de poderes”. Conforme a la Constitución de 1999, 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, ord. 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).

I. LAS FUNCIONES DEL ESTADO

A tenor de la Constitución de 1999, el Poder Público se encuentra dividido a nivel nacional, por 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 sus Comisiones y juntas), cada uno de ellos conforme a una concepción de la “separación de poderes” y de las “funciones del Estado” que se identifica con un criterio mixto, y que parte de que ninguno de esos órganos cuenta con el ejercicio exclusivo de alguna “función estatal” específica, ya que todos los órganos del Estado, en una u otra forma ejercen todas las funciones del Estado, conforme a un principio que ALLAN R. BREWER-CARIÁS ha denominado del “ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado”.

Según esta postura doctrinaria, por función ha de entenderse:

...la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que le es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cfr. Allan R. BREWER-CARIÁS, *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, 169 pp.

El dato relevante de esta posición, es que la llamada “separación orgánica” (división del Poder Público) en los diversos niveles territoriales del Estado, no coincide con la “separación de funciones”. Lo que se afirma pues, en la construcción de la noción del “acto administrativo” en Venezuela, es que la Constitución si bien insiste en la distribución del Poder Público en “ramas”, asigna a cada una de ellas y a sus órganos, conformados de acuerdo a la división del Poder en cada nivel, unas determinadas “funciones propias”, lo que no evita que puedan asumir otras.

Siguiendo el texto de la Constitución de 1999, en cuanto al Poder Público Nacional (art. 136), se le atribuye su ejercicio a cinco órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus “funciones propias”. Por ejemplo: la Asamblea Nacional ejerce el Poder Legislativo Nacional (art. 186) y en razón de ello se le atribuye como “función propia”, la “función normativa” que se traduce en “legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187,1) pero además otra función, la de control (art. 222).

En cuanto al Presidente de la República y demás funcionarios determinados en la Constitución y la ley que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional (art. 225), la Constitución le atribuye como “funciones propias”: la “función política” –acción de gobierno– (arts. 226, 233,2), la “función administrativa” y la “función normativa” (art. 236).

También al Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que determina la Constitución y la Ley, órganos que ejercen el Poder Judicial, se le atribuyen como “funciones propias”: la “función jurisdiccional”¹⁴⁸ (art. 253), y también la “función de

¹⁴⁸ La doctrina ha afirmado que: “...Es aparentemente sencillo definir in extenso lo que constituye la Jurisdicción. Sin embargo, ello provocaría no sólo enunciados inevitablemente genéricos, sino, a la vez, disímiles y equívocos. El concepto inicial de lo que debe entenderse por Jurisdicción no parte, precisamente, de un procesalista sino de un reputado constitucionalista George JELLINEK, quien ha señalado que el avance más notable de finales del siglo XIX, es el haber incorporado al ámbito del Derecho Público, del ámbito del Derecho Privado, el concepto de Jurisdicción; lo que acontece a la par con el cualitativo cambio político-ideológico-social ocurrido con la Revolución Francesa. Y esto se da por aplicación de la obra de MONTESQUIEU que sostenían, como ya se ha anotado, que los jueces son la boca por donde hablan las palabras de la ley, unos seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor. De aquí parece con evidencia la complejidad del término jurisdicción. Se han de presentar innumerables definiciones,

control” (arts. 259; 336), y la “función administrativa”, gobierno y administración del Poder Judicial (art. 267).

El Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, órganos que ejercen el Poder Ciudadano (art. 273) se les atribuyen como “funciones propias”: la “función de control” (vigilancia, inspección, fiscalización) sobre actividades de la Administración Pública, de los órganos judiciales y de los administrados (arts. 274, 281, 285, 289) y la “función administrativa”; mientras que en el caso del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados que ejercen el Poder Electoral (art. 292) se le atribuye como “función propia” la “función administrativa”, la “función de control” y la “función normativa” (art. 292).

Con relación a la rama estatal del Poder Público, sucede cosa similar, es decir, según la Constitución de 1999, se le atribuye su ejercicio al Poder Público Estatal, a tres órganos separados, distintos e independientes, los cuales cada uno de ellos tienen sus “funciones propias”. Así pues, los Consejos Legislativos Estadales ejercen el Poder Legislativo de los Estados y se le atribuye como “función propia” la “función normativa” (art. 162,1); a los Gobernadores que

muchas de ellas equívocas, y la mejor manera de clarificar esto es recurriendo a la Teoría General del Proceso. Para empezar, etimológicamente jurisdicción proviene de *iurisdatio*, conjunción de dos vocablos latinos: *ius*=derecho y *dicere*=acción de decir. Entonces se define así, en una primera instancia, como la acción de decir derecho. En efecto, debe entenderse que existen claramente denotadas dos acepciones comúnmente marcadas en torno a la Jurisdicción. Por una parte, aquella lata que la entiende como toda declaración válida de derecho que se efectúa con arreglo a una atribución pre-establecida y que en primer orden corresponde al Estado en uno de su inherente atribución de *ius imperium*, que consiste tanto en la formulación de relaciones jurídicas de derecho material a través de la normatividad legal en su sentido formal expedidas por el órgano legislativo, como por las disposiciones legales en su amplio sentido material expedidas por el órgano ejecutivo y que también constituyen relaciones jurídicas de carácter material, hasta llegar al órgano jurisdiccional en donde primordialmente cobra vigencia mediante el establecimiento o restablecimiento de las relaciones jurídicas esencialmente subjetivas mediante la composición de la litis en la declaración de certeza. Por otro lado tenemos la aceptación particularizada que limita su conceptualización únicamente a la “Potestad de ejercer la administración de justicia determinándose el derecho material aplicable a un caso de manera definitiva”. El adecuado concepto de jurisdicción dentro de la Ciencia del Proceso se contrae a lo segundo, donde el Estado le corresponderá la potestad de cautelar la vigencia y eficacia de las relaciones jurídicas establecidas defendiendo su presunción de justeza, correspondiéndole tal función del modo privativo al órgano jurisdiccional” El concepto enunciado condensa la vastedad del término: derecho público, división de poderes, imparcialidad, autonomía, composición de la *litis* en un caso concreto y Cosa Juzgada”. Cfr. Aníbal QUIROGA LEÓN, *Estudios de Derecho Procesal*, IDEMSA, Lima-Perú, 2010, p. 65-67.

ejercen el Poder Ejecutivo de los Estados, se le atribuye, como “función propia”, las “funciones de gobierno” y “administración” (art. 160); y las Contralorías Estadales, se le asigna como “función propia”, la “función de control” (art. 163).

En cuanto al ente político territorial Municipio, la Constitución de 1999, y así lo entiende parte de la doctrina, le está confiado el Poder Público Municipal, y en especial, su ejercicio, a tres órganos separados e independientes, los cuales tienen cada uno de ellos sus “funciones propias”. Así, los Concejos Municipales que ejercen el Poder Legislativo municipal, se le atribuye como “función propia”, la “función normativa” (art. 175); los Alcaldes que ejercen el Poder Ejecutivo municipal, se les atribuye, como “función propia”, la “de gobierno y administración” del Municipio (art. 174); y a las Contralorías Municipales, se les asigna la “función propia” de “control” (art. 176). También 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).

Ahora bien, quienes son partidarios del principio del “ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado”, parten de que existe una diferencia conceptual entre “funciones del Estado” y “poderes del Estado”. En este punto BREWER-CARÍAS, es bastante diáfano:

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 estos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado. La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación

jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal¹⁴⁹.

Por ello, se puede expresar, que cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, ostentan constitucionalmente, “funciones propias”, pero ello 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.

En relación con lo anterior, se observa que se distinguen –como un dogma– cinco “funciones” básicas del Estado: la “función normativa”, la “función política”, la “función administrativa”, la “función jurisdiccional” y la “función de control”, a las cuales no pueden reconducirse todas las actividades del Estado, ya que existen otras “funciones emergentes”, como sería el de la “función de Regulación Económica” o la “función electoral” entre tantas otras, que no son debidamente tomadas en cuenta.

Ahora bien, aun así, según el llamado principio del “ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado”, las “funciones” que se realizan en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, generalmente no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales¹⁵⁰. Lo llamativo de esta teoría, es que no sólo parte de que

¹⁴⁹ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, “El sistema presidencial de gobierno en la Constitución de 1999” en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, nº 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 519.

¹⁵⁰ Nos parece de interés y muy apropiada la consideración de Sebastián Martín-RETORTILLO-BAQUER “...El esquema anterior ha sido fuente de abundantes construcciones doctrinales. No obstante, los planteamientos deducidos del mismo parten casi siempre de una perspectiva exclusivamente dogmática y, consecuentemente, abstracta, Esto es, la individualización de la Administración pública dentro del Estado se alcanza generalmente a través de una distribución conceptual de funciones o de poderes, al margen del derecho positivo, hasta el punto que puede parecer que tal construcción acaso pertenece más al campo especulativo de la Ciencia política que al tecnicismo propio de una construcción jurídica. La valoración positiva queda casi siempre a un lado: más aún, en ocasiones tales

todos los órganos que ejercen el poder público tienen unas “funciones propias”, sino que en muchos casos, no las ejercen con carácter de “exclusividad”, pues en su ejercicio intervienen otros órganos, y su ejercicio se atribuye también a otros órganos, sino que también, todos los órganos ejercen “actividad administrativa”, ya que el ejercicio de ésta no está reservada a determinados órganos que ejercen el Poder Público.

En ese sentido, la doctrina venezolana ¹⁵¹ ha acogido mayoritariamente, no una definición negativa de la “actividad administrativa”, tradición iniciada con HANS KELSEN¹⁵² y ADOLF MERKL¹⁵³, sino una definición positiva, que permite dos cosas: la *primera*: la realización de la “actividad administrativa” por todos los órganos que ejercen el Poder Público, dentro de sus respectivas competencias; y la *segunda*: que no se puede identificar la “actividad administrativa” como el resultado del ejercicio de una “función estatal” específica (la “función administrativa”), sino que ella puede ser la resulta de todas las “funciones estatales”: la “función jurisdiccional”, la “función legislativa”, la “función normativa” y la “función administrativa”

Tan importante e influyente es esta postura doctrinaria, que una corriente doctrinaria latinoamericana que está al tanto de este exceso, ha sostenido en relación a la pérdida de conexidad entre las nociones de “función administrativa” y “acto administrativo”, con la introducción de la noción de “actividad administrativa”, lo siguiente:

construcciones dogmáticas se establecen en oposición al derecho positivo, induciendo a pensar en un posible contraste entre este último —*con valides directamente operativa*—, y un posible derecho ideal, de validez exclusivamente dogmática” Cfr. Sebastián Martín RETORTILLO BAQUER, “Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español” en *Revista de Administración Pública* nº 26, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1958, p. 13.

¹⁵¹ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS “El problema de la definición del acto administrativo” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 45 y ss.

¹⁵² Cfr. Hans KELSEN, *Teoría General del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2002, 912 pp.

¹⁵³ Cfr. Adolfo MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2004, 520 pp.

...Al tratar de las funciones del Estado dijimos que convenía clasificar de algún modo útil y claro las distintas actividades de los órganos del Estado, desde un punto de vista jurídico: no nos parece útil la noción de que “*los tres poderes realizan simultáneamente las tres funciones*”; porque ella no explica nada de la realidad que se encuentra detrás de la frase. Ello y decir que “*todo es una gran confusión*” y quedarse allí, es poco más o menos lo mismo. Preferimos entonces tratar de armonizar las nociones de función administrativa y acto administrativo, para que mejor cumplan, en nuestro entender, su función explicativa de esta parte del sistema jurídico administrativo. No hay en ello una búsqueda de esencias, solamente de simplificaciones comprensibles.¹⁵⁴

En ese mismo sentido, JUAN FRANCISCO LINARES, ha sostenido que:

...Por vía negativa, todo lo que no es ejecución jurisdiccional, es administración en sentido material, con tal que no se la ejerza en situaciones contenciosas, y siempre que se la despliegue a través de actos de alcance individual. La lógica moderna reivindica la corrección de las definiciones negativas, desdeñadas por la lógica clásica, máxime cuando se apoya en un género próximo que sería la ejecución. Definimos así la Administración, como la función de ejecutar normas jurídicas de toda especie, en cuanto a su extensión lógica, fuera de situaciones contenciosas, mediante decisiones individuales normativas que particularizan en casos concretos: a) cualesquiera de los contenidos de aquellas normas aplicadas; b) actos de conducta de ejecución de normas jurídicas en calidad de hechos administrativos.

¹⁵⁴ Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. El Acto Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª Edición, Buenos Aires, 2007, p. 1-10. Agustín GORDILLO, incurre también en el error de confundir la “función estatal” con la “actividad Estatal”, ya que si bien reserva el ejercicio de la “Función Legislativa” a los órganos del Poder Legislativo y el ejercicio de la “Función Jurisdiccional” a los órganos del Poder Judicial, cuando se refiere al ejercicio de la “Función Administrativa” sostiene que dicho ejercicio le corresponde a los tres clásicos órganos que ejercen el Poder Público.

Con esto eliminamos el dictado de reglamentos, en sentido lato, de la función administrativa. Se incardinan estos actos en la función legislativa o legislación. No hay duda de que utilizamos un criterio objetivo o material para la definición, y nos alejamos del criterio orgánico que estriba en el órgano que ejerce la función.

[...]

Es de señalar que nada que sea función administrativa queda fuera de nuestra definición. El comportamiento administrativo o la actividad administrativa consiste en la conducta de dictar actos administrativos y en hechos de cumplimiento de estos actos y a veces directamente de la Ley. La función administrativa no es, pues, sólo dictar normas o parte de normas individuales, sino también el cumplir las prestaciones debidas por la Administración y ejercer sus derechos e intereses en ejercicio de poder reglado y de poder discrecional¹⁵⁵

1. *La idea de Función Pública*

Los conceptos de poder, órgano y “función estatal”, aparecen en la dogmática jurídica, contrastados con la teoría clásica de la “separación de poderes”, pero por distintas consideraciones que no es el caso mencionar ahora, ésta devino en una teoría de “separación de funciones” y de órganos, entre cuyas bases destaca como condición fundamental la unidad del poder estatal (Estado), así como la indefectible relación entre los órganos en que se depositan las “funciones sustantivas”, caracterizadas por no convertirse en compartimentos estancos, sino en un sentido que permita participar en el ejercicio de varias de ellas y realizar por tanto, actos de diferente contenido sustancial, tales como: los legislativos, administrativos, jurisdiccionales, contralores y electorales, entre otros, y a través de las relaciones entre poderes generar los fines del Estado y la unidad del poder estatal.

¹⁵⁵ Cfr. Juan Francisco LINARES, *Derecho Administrativo*, 2ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 165-166.

Por “poder estatal” se entiende generalmente, la capacidad del Estado para imponer su voluntad con, sin y aún contra la voluntad de todos los ciudadanos para lograr los fines constitucionales, lo que significa que cuando se da la oposición del destinatario del poder se habrá de vencer, de ser necesario, mediante el empleo de la fuerza, si se toma en cuenta que éste conserva el monopolio de la violencia legítima como sostenía MAX WEBER.

Con arreglo a esa definición de “poder estatal”, es pertinente identificar cuáles son las “funciones” de ese Estado. Tradicionalmente se sostiene que son “funciones públicas”, los cuales son múltiples y se diferencian de los órganos en los que se asignan, que deben ser, asimismo, diversos.

La doctrina francesa clásica, sostenía como lo destaca RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, lo siguiente:

...Se entiende por funciones estatales, en derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones, o diversos modos de ejercicio, de la potestad estatal. La teoría de las funciones no debe confundirse con la de las atribuciones o cometidos del Estado. Consideradas en sus relaciones con los cometidos por cuyo motivo se ejercen, las diversas actividades del Estado pueden reducirse a los tres principales grupos siguientes:

- 1) El Estado tiene por fin resguardar la seguridad de la nación respecto de las naciones extranjeras.
- 2) Tiene por misión, en el interior, asegurar el orden y el derecho en las relaciones que entre sí mantienen los individuos.
- 3) Además, frente a la doctrina del “Estado Gendarme”, que sostiene que fuera de su cometido de conservación nacional, la misión del Estado se limita a desempeñar un papel policíaco y a mantener el derecho, es indudable que el Estado está llamado a desempeñar una misión cultural, en virtud de la cual ha de trabajar por sí mismo, o sea

por cuantos medios especiales de que dispone, en el desarrollo de la prosperidad moral y material de la nación.

[...]

Muy distinto es el objeto de la teoría jurídica de las funciones. Sean cuales fueren la extensión y la variedad de las competencias estatales, esta teoría responde a la cuestión de saber cuáles son los actos por los cuales el Estado realiza las diversas atribuciones que él mismo pudo asignarse. Al analizarse jurídicamente esos actos, establece su distinción y los clasifica en grupos separados, cada uno de los cuales forma una rama de actividad que es una parte de potestad o función del Estado. Así entendidas, las funciones estatales, conforme a una tradición muy antigua, se reducen por unanimidad de los autores a tres clases de actividad: la legislación, la administración y la justicia. Falta discutir si en esta división tripartita debe considerarse a la justicia como una función principal y esencialmente distinta, o si, por el contrario, debe ser tenida como rama especial y parcial de la función general de administrar¹⁵⁶.

La postura de CARRÉ DE MALBERG estriba en que las “funciones” del poder son las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominadora del Estado; dictar la ley, por ejemplo, es uno de los modos de ejercicio de la potestad estatal, o sea una función del poder, por tanto, los órganos del poder son los diversos personajes o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones del poder¹⁵⁷.

La “función pública” deviene en una actividad esencial y mínima del Estado, que se basa en la idea de “soberanía”, que conlleva el ejercicio de potestad de imperio, de autoridad –de donde proviene su indelegabilidad–, cuya realización

¹⁵⁶ Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, 2º Edición, 1º Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 249-252.

¹⁵⁷ El cuerpo legislativo, por ejemplo, es el órgano que desempeña la “función legislativa” del Poder Estatal.

atiende al interés público, entre las que destacan la “función legislativa”, la “función jurisdiccional” y la “función administrativa”.

En el caso de Venezuela, conforme a la penta-división del Poder Público, se puede sostener que a las “funciones públicas” primarias, identificadas en la clásica tri-división del Poder Público como: legislativa, administrativa y jurisdiccional, se le suman, unas “funciones” emergentes, tales como: la “electoral”, y “ciudadana” que cobran entidad, identidad y autonomía en el muy discutible “constitucionalismo” Venezolano.

Por “función estatal” se comprende por tanto, la función atribuida al Estado, cuyo ejercicio implica el desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio, como última manifestación de su soberanía. Por ello, la posición clásica sostenía que las “funciones públicas” vienen a ser las diversas actividades del Estado que conllevan el ejercicio de su potestad. En el caso Venezolano, la “función pública” o estatal la ejerce el Estado en sus diversos ámbitos de competencia: Poder Público Nacional (Federación), Poder Público Estatal y Poder Público Municipal a través de los respectivos órganos de cada Poder Público.

2. *La Función Normativa*

Por “función normativa” se entiende aquella actividad estatal, que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general. La “función normativa” del Estado, se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional (art. 203), aun cuando la Constitución otorga la potestad de dictar leyes, en el ámbito nacional, al Presidente de la República, posibilidad ésta que sólo es posible mediante una ley habilitante de la Asamblea Nacional para que dicte “actos estatales” con rango y valor de ley (art. 236,8).

Otra indudable “función normativa” del Estado es la que ejerce el Poder Ejecutivo Nacional, al reglamentar las leyes (art. 236,10), y el Tribunal Supremo de Justicia cuando dicta los reglamentos necesarios a los efectos de asegurar la dirección y gobierno del Poder Judicial (art. 267).

Conforme a la penta-división del Poder Público, los órganos del Poder Ciudadano ejercen la “función normativa”, cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad, al igual que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, cuando reglamenta las leyes electorales (art. 293,1).

Por ello, puede sostenerse, que la “función normativa”, es sin duda una actividad privativa e inherente del Estado, mediante la cual, los órganos que ejercen el Poder Público pueden crear, modificar o extinguir con carácter general las normas del ordenamiento jurídico.

A tenor de lo dispuesto en la Constitución de 1999, la “función normativa”, la ejercen todos los órganos estatales, aun cuando solo la Asamblea Nacional cuenta con la función privativa y exclusiva de actuar como cuerpo legislador, mediante la emisión de “actos estatales” denominados Leyes, además de sus *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates) ya que puede crear normas jurídicas generales ejerciendo atribuciones establecidas directamente en la Constitución sin condicionamiento legal alguno, a diferencia de los otros órganos que ejercen el Poder Público, que si bien ejercen la “función normativa” -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 reglamentos llamados erróneamente “actos administrativos de efectos generales”, los cuales, siempre están sujetos al “espíritu, propósito y razón” de las Leyes y nunca en ejecución directa e inmediata de la Constitución, aspecto que parece ser el dato primario en la construcción de la noción de “acto administrativo”, para asimilar estos a los reglamentos¹⁵⁸.

Las leyes son “actos estatales” dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; en cambio los reglamentos -según la doctrina, es una categoría especial dentro de los “actos administrativos”- y demás “actos administrativos de efectos generales” son actos de ejecución directa e inmediata

¹⁵⁸ Cfr. Sebastián Martín RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, 2007, 508 pp.

de la Ley y de rango sub-legal; y los decretos-leyes habilitados que puede dictar el Presidente de la República, previo dictado de una Ley habilitante por la Asamblea Nacional, en virtud de la delegación legislativa que contiene, puede afirmarse que se dictan también en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

3. *La Función Jurisdiccional*

El ejercicio de la “función jurisdiccional” conforme a la Constitución, se ha atribuido como “función propia” al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República, pero sugiere la *lex superior*, que los otros órganos que ejercen el Poder Público pueden ejercer también dicha “función”. Esta “función jurisdiccional”, permite que se conozca, decida y resuelvan controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra.

Ahora bien, cabe recordar que dentro de la numeración primaria de las “funciones del Estado” aparece la jurisdiccional, a la que la doctrina la ha distinguido de la manera siguiente:

1) **Función Formalmente Jurisdiccional:** que en está encomendada al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República; y

2) **Función Materialmente Jurisdiccional:** que tiene por objeto *iuris dicti*, declarar el derecho, aplicar la ley en caso de controversias o conflictos suscitados entre los ciudadanos, entre éstos y los órganos del Estado, así como en los surgidos entre los órganos del Estado, mediante la resolución respectiva contenida generalmente en la sentencia, que asume fuerza de verdad definitiva.

En el caso venezolano, conforme a la llamada “Teoría Formal-Sustancial”, se afirma que la “función jurisdiccional” en su sentido material, no es ejercida sólo por los órganos del Poder Judicial, ya que los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo realizan funciones jurisdiccionales cuando las autoridades administrativas deciden

controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia, y cuando la Asamblea Nacional autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República (art. 266,2).

Se entiende conforme a dicha teoría, que la “función jurisdiccional” como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos resuelven controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público, tales como el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial y los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional.

Conforme entonces a la teoría formal-sustancial, la “función jurisdiccional”, 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, aun cuando lo que sí resulta una función privativa y exclusiva de los tribunales, es el ejercicio de la “función jurisdiccional” a través de un proceso (art. 257) con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados “sentencias”, pues 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), mientras que los demás órganos del Estado que realizan “funciones jurisdiccionales” lo hacen a través de “actos administrativos” condicionados por la legislación.

4. *La Función Política*

En cuanto a la denominada “función política”, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones constitucionales de “orden político”, que exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Así por ejemplo, el Presidente de la República dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y la puede disolver en un supuesto específico (arts. 236,4,9 y 20); decreta los “Estados de excepción” y restringe las garantías constitucionales (art. 338). Lo que caracteriza dicha función es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la

República, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla y la misma se traduce en actos estatales de rango legal.

En Venezuela, conforme a la “Teoría Formal-Sustancial”, se afirma, que si bien la “función política” se ejerce con el carácter de “función propia” por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ella no está determinada de “forma exclusiva” al Poder Ejecutivo, por cuanto la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la “función política”, sea a través de “actos parlamentarios sin forma de ley” o mediante leyes, las cuales son también actividades de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución, aun cuando valga resaltar, que 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.

5. *La Función de Control*

Tal y como se ha referido anteriormente, existe otra función no menos importante, como es la “función de control”, la cual, la ejercen los órganos del Estado cuando vigilan, supervisan y velan por el cabal ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los ciudadanos.

Conforme a la “Teoría Formal-Sustancial”, 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 jurisdiccional”. Esta “función de control” conforme a la Constitución, la ejerce la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos (arts. 187,3; 222); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional quien ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública (art. 226); el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, cuando 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 por último, el

Tribunal Supremo de Justicia quien ejerce las “función de control” de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado (arts. 259; 336).

La “función de control” así entendida, es también una actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de los órganos del Estado y de los ciudadanos y se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; 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 y del Poder Electoral, con el dato de que ella 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 ejercen¹⁵⁹.

6. *La Función Administrativa*

En cuanto a la caracterización de la llamada “función administrativa”, a diferencia de la “normativa” y de la “jurisdiccional” que son “funciones públicas” intermitentes, debe destacarse que es de ejercicio permanente y constante, aun cuando su conceptualización sea harta difícil¹⁶⁰. En palabras de JULIO RODOLFO COMADIRA:

...abordar el concepto de función administrativa excedería largamente el objeto de este trabajo. Sólo cabe recordar aquí dos aspectos. Primero, que ella está presente en la mayor parte de la actividad del Poder Ejecutivo y en particular de la actividad de los Poderes Legislativo y Judicial. Segundo, que su caracterización se da

¹⁵⁹ Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, 169 pp.

¹⁶⁰ Cfr. Miguel SÁNCHEZ MORÓN “Notas sobre la función administrativa” (coord. Eduardo García de Enterría Martínez-Carande y Alberto Predieri) *La Constitución española de 1978*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, pp. 627-688

por la existencia de un régimen exorbitante, concebido como un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad, en la cual convergen y se integran, sistemáticamente, prerrogativas y garantías, en ambos casos sustanciales y procesales.¹⁶¹

Una corriente dogmática a este respecto, trató de caracterizar a la “función administrativa” como el reducto que quedaba por exclusión de la “función legislativa” y de la “jurisdiccional”, al decir que será “administrativa” toda función pública diferente de la legislativa y judicial, que es la clásica posición de HANS KELSEN y más aún de ADOLF MERKL.

Con ello, la “función administrativa”, se entendía como aquella que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, distintas de las de carácter general -suma de muchas necesidades individuales-, con lo cual, el ejercicio de la misma implicaba el cumplimiento del mandato legal con miras al logro de los fines del Estado, concretamente del “bien público”, del establecimiento y mantenimiento de la paz y del orden público o del llamado “interés general”.

Comoquiera que la posición de HANS KELSEN y de ADOLF MERKL, se ha venido a menos en el entendido de que según sus detractores, no explicaría la aparición de “funciones administrativas” distintas de las tradicionales como las de control, electoral, registral, etc.; la doctrina, conforme a la teoría formal-sustancial, sostiene que si bien la “función administrativa” de forma clásica se identificaba con el Poder Ejecutivo, la realidad constitucional indica que a ella se le suma la “función normativa”, “función política”, y de la “función jurisdiccional”, siendo la primera, la “función administrativa”, aquella a través de la cual, el Estado entra en relación con los ciudadanos como sujeto de derecho y principalmente de “gestor” del “interés público”.

Si bien el Estado, en la “función normativa” crea el derecho y en la “función jurisdiccional” aplica el derecho imparcialmente y deviene en un tercero en las

¹⁶¹ Cfr. Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2° Edición, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 7

relaciones jurídicas que surjan; en la “función administrativa” ocurre lo contrario, ya que el Estado deviene en parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración Pública y los ciudadanos, como sujeto de derecho, gestor del “interés público”, razón por la cual es bastante discutible la supuesta “personalidad jurídica del Estado”, la cual no se concretiza en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la “función administrativa”¹⁶².

¹⁶² Recordemos a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “...En el plano sistemático en que ahora estamos situados, nos interesa hacer constar que este fenómeno que se cierra con la gigantesca creación napoleónica supone una transmutación esencial de la naturaleza del poder ejecutivo. No es realmente una cuestión de mera cantidad. No es, en efecto, que el poder ejecutivo haya resultado más potenciado de lo que se suponía. Es algo mucho más importante: es que bajo la etiqueta formal del poder ejecutivo va actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos Administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de poderes [...] será bueno observar desde ahora, para poder apreciar la hondura de la heterodoxia revolucionaria sobre sus propias fuentes, que, en efecto, la pretendida caracterización de la función administrativa como función de ejecución de leyes conforme al dogmatismo de la división de poderes, ha venido constituyendo para el Derecho Administrativo desde sus orígenes un verdadero lecho de Procusto. El supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos [...] que le aseguran una exención respecto de los otros poderes. Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto una multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias. Esto es rigurosamente anómalo para la caracterización liberal pura [...] según ella los poderes del Estado ejercitan abstractas funciones formales que revierten inmediatamente al núcleo social, sin necesidad de una personificación intermedia; legislar y juzgar son, en efecto, funciones de este carácter, para cuyo desarrollo no sólo no se precisa, sino que resultaría un obstáculo impeditivo, la personificación completa de los órganos que las actúan. Ejecutar debería ser una función a este mismo nivel, y así en efecto, ha ocurrido, hasta tiempos recientes en la caracterización anglosajona, que es la ortodoxa, de la división de poderes, que no ha requerido una personificación del ejecutivo. La disidencia aparecida en la Revolución y consagrada tras la formalización napoleónica es justamente que esto no ocurre así, que la abstracta función de sostener la ley, tal como vimos que LOCKE y MONTESQUIEU la concebían, se ha transmutado en Administración, persona singular, sujeto no ya de una abstracta función, sino de actividades múltiples en cuanto sujeto, actividades generales y particulares, de hecho y de derecho, formales y materiales, actividades que en su multiplicidad interfieren las propias actividades de los particulares, con las cuales son ordinariamente intercambiables “La especie de dominación constante que el poder administrativo ejerce sobre los ciudadanos –ha dicho HARRIS– es enteramente comparable a una voluntad interna de persona moral ejerciéndose sobre los propios miembros de la corporación” Por eso toca a un aspecto profundo de la caracterización de TOCQUEVILLE de la Administración surgida de la Revolución como un reducto casi íntegro u, desde luego, potenciado, de la vieja Administración del Rey, que es, como éste, esencialmente libre, sólo genéricamente limitado (como todo sujeto, pero también quizá menos que ninguno, por ser un sujeto superior cuya voluntad es Poder Público) por fronteras externas, que no afectan de hecho a su interna libertad de autodeterminación. Por ello, el primer dato para la construcción del Derecho Administrativo es justamente éste, el del carácter subjetivo de la Administración, el de su presencia ante el derecho como un sujeto jurídico real y verdadero” Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 73-75

Pues bien, conforme a la Teoría Formal-Sustancial la “función administrativa” tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos que ejercen el Poder Público, ya que si bien ésta puede considerarse como “función propia” de los órganos ejecutivos, no debe olvidarse que se concretiza a través de “actos administrativos”. Ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente los órganos ejecutivos, ya que otros órganos del Estado también ejercen la “función administrativa” como sucede con la Asamblea Nacional, al autorizar los diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, como ocurre con los órganos que ejercen el Poder Judicial o el Poder Ciudadano al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones.

Por ello, la “función administrativa”, deviene en una actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual, los órganos que ejercen el Poder Público (art. 136) entran en relaciones jurídicas con los ciudadanos, pudiendo realizar dicha función los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional, la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial, con lo cual, según esta teoría Formal-Sustancial es una “función propia” de los órganos ejecutivos e incluso electorales pero 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.

Con ello, el “acto administrativo”, sería la concreción típica pero no única del ejercicio de la “función administrativa”, ya que puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo en todo caso carácter sublegal.

7. La Función Electoral

La doctrina nacional, que ha tomado para así la Teoría Formal-Sustancial difundida por GEORG JELLINEK principalmente, no separa la “función administrativa” de la “función electoral” propiamente dicha. En la doctrina se discute si el sufragio es una “función” o un derecho. En cuanto a si es una función, se parte de que el

electorado viene a ser casi un órgano del Estado, al que se encomienda la “función electoral”, en cuyo ejercicio el cuerpo electoral designa a los ocupantes de los cargos electivos del Estado. En cuanto si es un derecho, se parte, de que el sufragio es un derecho político que tienen los miembros del Estado de participar en el poder como elector y elegido, es decir, el derecho a formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, en la organización del Poder.

PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA niega que el cuerpo electoral integre un órgano estatal, y a pesar de considerar a la “función electoral” como pública, no la acepta como “función estatal”, habida cuenta que los electores no actúan en nombre del Estado sino en nombre propio.¹⁶³

8. *La Teoría Formal Sustancial y la ausencia de coincidencia de la separación orgánica de poderes.*

Es evidente que en la construcción de la noción de “acto administrativo” la Teoría Formal Sustancial, ha tenido bastante recepción en Venezuela, por ello se afirma tan a menudo, que si bien cada una de las cinco ramas del Poder Público Nacional o de los otros entes político-territoriales cuentan con una diferencia 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.

Por ello, ALLAN R. BREWER-CARIÁS¹⁶⁴, ha dicho que en cuanto a la aplicación del principio de la “separación de poderes” en el régimen constitucional venezolano, la “división del Poder”, no coincide exactamente con la “separación de funciones”, con lo cual, los órganos del Estado además de sus “funciones propias” ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos,

¹⁶³ Cfr. Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Serie Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencias Política, Tecnos, Madrid, 1973, p. 320.

¹⁶⁴ Cfr. Allan R. BREWER-CARIÁS, “Marco constitucional del Derecho Administrativo” en *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* (Coord: Víctor Hernández Mendible), Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 183-220.

permitiendo así la Constitución según este criterio, la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros.¹⁶⁵

9. *Los diversos actos estatales. La definición tradicional de la noción “acto administrativo” en Venezuela.*

La *Teoría Formal Sustancial* y la *Teoría del Derecho por Grados* formulada por HANS Kelsen y por ADOLF MERKL, ha sido fuente de inspiración para la doctrina nacional y en especial para ALLAN R. BREWER-CARÍAS. De manera crítica, se puede notar en su obra, como ya se hizo en otra oportunidad¹⁶⁶, que esta especie de

¹⁶⁵ Valga recordar a Sebastián Martín-RETORTILLO BAQUER, “...El régimen constitucional está, pues, con mayor o menor intensidad, directamente condicionado en toda su evolución histórica por el principio de la división de poderes. Es cierto, insisto, que la formulación del mismo está hoy día muy lejos de corresponder a su estructura inicial; no es menos cierto, sin embargo, que tal división, matizada con nuevas perspectivas, se mantiene como principio todavía vigente [...] Su separación es indispensable; mas los límites que se deben señalar, particularmente entre la autoridad legislativa y ejecutiva, para que formen un justo y estable equilibrio, son tan inciertos, que su establecimiento ha sido en todos los tiempos la manzana de la discordia entre los autores más graves de la ciencia del Gobierno, y sobre cuyo importante punto se han multiplicado al infinito los tratados y los sistemas [...] la tarea de determinar la noción de la Administración pública en las Constituciones, dado el condicionamiento que éstas reciben del principio de la división de poderes, se encuentra en cierto sentido enmarcada a priori en el esquema que tal principio la impone. Poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo: aquí, en el poder ejecutivo hay que buscar la caracterización de la Administración pues podemos afirmar, al margen del valor real que esta construcción ofrece, que positivamente ambas valoraciones—*poder ejecutivo y función administrativa*—; aparecen hasta la Constitución de 1876 inclusive, en cierto modo: como sinónimas. Más aún, la función administrativa no se especifica independientemente en cuanto a su diferenciación, si bien de forma positiva puede perfilarse ya junto a ella una función política o de gobierno, función que en ocasiones integra con la administrativa al poder ejecutivo, y que, en otras, es llevada a cabo por el poder legislativo o incluso por el propio Rey, en su condición de Jefe del Estado. Si el condicionamiento inequívoco de la función administrativa por el esquema de la división de poderes, es cierto que de antemano reduce un tanto el campo de posibilidades a formular permite, sin embargo, conocer *-también de forma positiva-* determinadas características que, peculiares de los otros Poderes del Estado —*legislativo y judicial*—, inciden por su parte de forma más o menos directa sobre la noción real de Administración pública: por lo que atañe al Poder legislativo, la configuración que gradualmente sufren sus órganos, para irse configurando como órganos de control y fiscalización de la Administración, al mismo tiempo que constitucionalmente se trasvasa materialmente a ésta en cierto modo parte de su potestad normativa; por lo que se refiere a la Justicia, su independencia. Son problemas concretos acerca de los cuales la evolución de los textos constitucionales tiene alcance positivo: las consecuencias de los mismos se reflejan directamente en última instancia, en el ámbito de acción que las Constituciones señalan al otro Poder, al ejecutivo”. Cfr. Sebastián Martín RETORTILLO BAQUER, “Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español” en *Revista de Administración Pública* nº 26, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1958, pp. 19-22.

¹⁶⁶ El reputado Gonzalo PÉREZ LUCIANI ha dicho con acierto que “...La definición de BREWER –CARÍAS es una especie de sincretismo jurídico entre teorías como las del austriaco Adolfo MERKL por lo que se refiere a la nota o característica

“sincretismo jurídico” desembocó en una de las nociones más amplias de “acto administrativo” que existe en doctrina jurídica comparada, pues esta extensión de la noción de “acto administrativo” totalmente perjudicial para el particular, tiene por finalidad incrementar el poder del Estado, ya que al no especificar en qué consisten esas “funciones”, se parte confusamente, de que todos los órganos ejercen “función administrativa”, además de que existen otras funciones que ejercen los otros “poderes” que no tienen nada que ver con la “función administrativa” que es aquella que permite que el Estado sea parte de una relación jurídica con los ciudadanos, con el agravante de que el Estado es el sujeto de derecho gestor del “interés público”, al cual se presupone también no sé si en una forma constitucional, que ceden los derechos de los particulares así no más.

Este “sincretismo” jurídico, o “criterio mixto” parte de que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, de gobierno, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos.

La Asamblea Nacional ejerce la “función normativa”, 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 ciertamente, pero de distinto valor normativo. Cuando la Asamblea Nacional ejerce la “función política” interviene en la formulación de las políticas nacionales a través de leyes (art. 303) o a través de actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187,10).

de actividad sub-legal o de actividad de ejecución inmediata de la Ley para identificar las actividades puramente ejecutivas de administración y justicia. Además la aceptación de la teoría de que las funciones del Estado son cuatro: gobierno, legislación, administración y justicia, como un postulado o un axioma, casi como un dogma. La falta de definir lo qué se entiende por una función del Estado y de precisar en qué consisten tales funciones”. *Cfr.* Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 119 y 120.

También el parlamento ejerce una “función jurisdiccional”, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, el cual, se concretiza a través de un acto parlamentario sin forma de ley (art. 266,2), de la misma manera que ejerce sus “funciones de control” al Gobierno y a la Administración Pública a través de los actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187,3) y en cuanto al ejercicio de la “función administrativa” puede concretarse en leyes (art. 187,9), actos parlamentarios sin forma de ley (art. 187,12) o “actos administrativos” (art. 187,22).

En cuanto al Poder Ejecutivo, en particular, el Presidente de la República, ejerce la “función normativa”, la cual se concretiza en decretos-leyes delegados, dictados en virtud de una habilitación legislativa (arts. 203; 236,8); decretos leyes de organización ministerial (art. 236,20) decretos leyes de Estados de excepción (art. 236,7) y reglamentos (arts. 236,10; 266,5). También ejerce la “función política”, al dictar “actos de gobierno” –no “actos administrativos” –, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (arts. 236, 2, 4, 5,6, 19, 21) y “función administrativa”, cuando dicta “actos administrativos” (art. 259; 266,5).

En cuanto al Poder judicial, el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la “función normativa”, cuando dicta reglamentos y “actos administrativos” (arts. 267), y ejerce la “función jurisdiccional” cuando dicta sentencias (arts. 266, 336).

Cosa similar según esta propuesta sucede con el Poder Ciudadano cuando realiza la “función de control” (arts. 274; 281; 289), la “función normativa” y la “función administrativa”, concretizada en “actos administrativos” y reglamentos (arts. 259; 266,5), dejando de lado la “función electoral” que no puede ser igual a la “función administrativa”.

No se salva en esta propuesta el Poder Electoral, el cual según realiza la “función normativa” (art. 293,1) cuando dicta reglamentos (art. 293,1); cuando realizan la “función administrativa” (art. 293,3) y cuando realiza la función de “control” (art. 293,9), últimas funciones que se concretizan en “actos administrativos” (arts. 259; 266,5).

Con ello, la definición del “acto administrativo” según este criterio mixto que es la resulta de un sincretismo jurídico, resulta una noción muy peligrosa para la libertad como se verá más adelante, pues se parte del supuesto de que no puede adoptarse un “criterio orgánico”, en virtud de la no coincidencia de la “división del Poder Público” con la distribución de funciones, ya que la definición de estas ha de ser una definición material que se deriva de la naturaleza de la actividad estatal y no del órgano del cual emana o de su forma; y como ha dicho BREWER-CARÍAS para llegar a dicha caracterización material resulta indispensable, tal como se ha señalado anteriormente, no confundir la “función” misma con el acto que emana de su ejercicio, es decir, la naturaleza de la “actividad estatal” (función) con el resultado de su ejercicio (actos jurídicos)¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Derecho Administrativo, Tomo I. (Principios del derecho público. Administración Pública y derecho administrativo. Personalidad jurídica en el derecho administrativo. Régimen de la Administración Pública)*, Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela, Bogotá, 2005, pp. 74-99.

-III-

**CONSIDERACIONES PARA LA DELIMITACIÓN DE LOS
“ACTOS ADMINISTRATIVOS”**

No es falso, –como se ha tratado de comprobar en este trabajo– que el estudio del “acto administrativo” pueda considerarse como un atrevido esfuerzo intelectual por comprender un tema central de la disciplina denominada Derecho Administrativo¹⁶⁸. Su estudio pues, requiere una previa y necesaria delimitación, y ella ha de ser consecuente con la concepción que se tenga del Derecho Administrativo, por tanto, si en Venezuela, se opta porque los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral realizan indistintamente las funciones “normativas”, “jurisdiccionales” y hasta “administrativas” se debe tener cuidado entonces con la afirmación de que cada poder realiza una “función preponderante” y otras “secundarias”, unas formales y otras materiales.

Por lo pronto baste recordar que fue la doctrina francesa, en especial, la que sostenía que el “poder legislativo” tenía como función esencial y preponderante la “función normativa”, afirmación ésta que contribuía a equiparar ley y norma, conceptos distintos ciertamente, ya que la Ley no es más que un terno exterior aplicable a una serie de actos no siempre normativos, pero que son leyes a fin de cuentas.

No se olvide, que fue GASTÓN JÉZE el padre de la Escuela del “Servicio Público”, quien evidenció dicha inoperancia del autor del acto o de la norma, aun cuando al desarrollar su Tratado, ofreció una propuesta de los actos jurídicos un tanto desatinada. Así pues, JÉZE, al hablar concretamente de los actos creadores

¹⁶⁸ Cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2009.

de situaciones jurídicas individuales afirmó, que “la naturaleza del acto no es modificada por la calidad de su autor”¹⁶⁹, con lo cual el Poder Legislativo realiza un acto creador de situaciones jurídicas individuales, cuando –y esto es un ejemplo del propio JÉZE–, confiere a un individuo una pensión o cuando aprueba un convenio financiero con una sociedad, con lo cual en atención a la forma, se objetará que éstas son leyes, pero en realidad son actos que no constituyen leyes propiamente dichas¹⁷⁰.

El Poder Legislativo, según esta teoría, puede realizar una “actividad administrativa” por dos vías, mediante forma de Ley o sin ella. El Poder Ejecutivo, por su parte, también realiza “funciones normativas” (Reglamentos) y “judiciales” (Recursos Administrativos), aun cuando lo esencial dentro de la “función ejecutiva” es la emanación de actos no normativos “actos administrativos”.

Por último, el Poder Judicial tiene junto a la preponderante “función jurisdiccional” una “función ejecutiva” que se traduce en la posibilidad de dictar actos que entran por sí mismas en ejecución, pero nunca la normativa, por lo menos en teoría, aunque en Venezuela se da el caso patético de una “jurisdicción normativa”¹⁷¹

Lo importante de estas acotaciones clásicas, es que el estudio de los “actos administrativos” se enfrenta con los mismos problemas que el concepto del Derecho Administrativo; en el que descuella la académica distinción, entre la forma y la sustancia, entre lo subjetivo y lo objetivo, preguntas estas y distinciones que para los efectos de los “actos administrativos” estriban en si deben

¹⁶⁹ Cfr. Gastón JÉZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I. La Técnica Jurídica del Derecho Público Francés*, Traducción directa de la 3° edición francesa, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 47.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ La “jurisdicción normativa”, según el ex Magistrado de la Sala Constitucional, Jesús Eduardo CABRERA, “...se manifiesta cuando la Sala Constitucional ha preferido aplicar las normas de la Carta Fundamental, a pesar de que no existen leyes que las implemente, y a ese fin acude a disposiciones legales semejantes o análogas que hacen viables las situaciones referidas en la normativa constitucional, logrando así que la normativa constitucional viva. O, cuando por control difuso constitucional desaplica normas procesales existentes que coliden con la Constitución; o cuando las ha reinterpretado conforme los principios constitucionales” Cfr. Jesús Eduardo CABRERA, “La Prueba en el Proceso Constitucional Venezolano” en *Revista de Derecho Probatorio* n° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 111-112.

encuadrarse en el estudio de los “actos administrativos” sólo los dictados por la Administración Pública subjetiva y orgánicamente considerada, o debe atenderse al contenido y efectos de los actos con independencia del sujeto actuante.

Al respecto, JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS, sostiene que los “actos administrativos” son todos aquellos que por su contenido y efectos, provengan de donde provengan, tienen aspectos diferenciales respecto a los actos normativos y las Leyes singulares en cuanto a las formas de manifestación y sistema de impugnación. Dentro de esa definición, por tanto, quedan incluidos, los “actos administrativos” dictados por el Estado a través del Poder Ejecutivo, principalmente, y los dictados por los otros Poderes Ejecutivos de los entes político-territoriales que conforman la federación *sui generis* venezolana (Estados y Municipios).

También a tenor de la posición de GARCÍA-TREVIJANO FOS, serían “actos administrativos” los procedentes de los órganos jurisdiccionales cuando no actúan satisfaciendo pretensiones y los actos dictados por el Poder Ejecutivo en “función judicial” (recursos) los cuales se estiman administrativos por su origen.

Por otra parte, baste mencionar, que existe un amplio debate en derecho comparado que no se debe descuidar, respecto a si la Administración Pública tiene o no personalidad jurídica. En el caso de Venezuela, se opta por la respuesta negativa, ya que no se toma en cuenta la personalidad jurídica de la Administración, sino la del Estado como sujeto-organización¹⁷², rompiendo con la tesis estatutaria esbozada por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷³.

¹⁷² Cfr. Allan R. BREWER-CARIAS, Prólogo sobre “El concepto del Derecho Administrativo,” de Luciano PAREJO ALFONSO, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2009, pp. 23-85.

¹⁷³ Existen algunas teorías, que partiendo también de la perspectiva de la “Administración”, llegan a conclusiones distintas y originales que se apartan de las tradicionales. Una teoría que necesita una discusión en el foro Venezolano, es la “Tesis Estatutaria” formulada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, que parte, de que la “Administración” no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. El punto crucial explican los juristas, es que la movilidad de la propia “materia administrativa” es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo –material o formal- de administrar -de ahí el fracaso de las teorías funcionalistas-, ya que no existe una técnica formal de administrar aislable como prototípica, pues esta técnica es tan

Conforme a la propuesta de la dogmática jurídica alemana del siglo XIX, el Poder Legislativo, y por ende, su órgano (Parlamento), forma parte del Estado y carece de propia personalidad, razón por la cual sus actos se imputan a aquél.

Esta distinción importante, admitida por la doctrina del Derecho Constitucional, entre Estado-Sujeto; Estado-Aparato y Estado-Comunidad, aunque no explicada así en Venezuela, es la que ha permitido, que no se predique la tesis de la personalidad jurídica de la Administración Pública, pese a que la obra de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, ferviente partidario de la tesis estatutaria, es de tanta valoración para la doctrina *iuspublicista* Venezolana.

Los “actos administrativos”, por tanto requieren la presencia de una entidad de derecho público, el “Estado-sujeto” y en especial de los órganos que ejercen el Poder Público ya que estos son los que forjan efectiva esa manifestación externa del Poder Público, que es único e indivisible¹⁷⁴.

I. LA DELIMITACIÓN VERTICAL DE LOS “ACTOS ADMINISTRATIVOS”

Problema eterno en la doctrina Venezolana, es la de considerar la inclusión o no dentro de la teoría de los actos jurídicos, a las normas jurídicas del Ejecutivo, es decir, los “reglamentos”, pues la tradición parte mayoritariamente que los reglamentos son también “actos administrativos”.

contingente históricamente como la función administrativa -de ahí el fracaso de la doctrina del servicio público-. Dicha tesis, sumamente interesante, prescinde los constantes problemas contra los que se han estrellado una y otra vez los intentos doctrinarios de la conceptualización de lo administrativo; siempre sustentados en criterios materiales, teleológicos o formales. El avance y el interés de esta teoría es que se enfoca de nuevo ante el sujeto que realiza la “actividad administrativa”, pero negando que el sujeto de la “actividad administrativa” sea simplemente un complejo orgánico más o menos ocasional, puesto que dicho sujeto debe ser cabalmente, para el Derecho Administrativo, una persona jurídica, la única personificación interna del Estado y que constituye el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos. La teoría de los juristas, radica en que es necesario la “personificación de la Administración” como dato básico, como *conditio sine qua non* del Derecho Administrativo, llegándolo a definir como el “...Derecho que se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común”. *Cfr.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 1, Civitas, Madrid, 2008, p. 44.

¹⁷⁴ *Cfr.* José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los Actos Administrativos*, Editorial Civitas, 1991.

El “sincretismo” antes advertido por PÉREZ LUCIANI, es evidente en Venezuela, ya que los reglamentos según una concepción formalista y subjetiva de la Administración, serían indudablemente “actos administrativos”, y según un criterio simplemente “orgánico” también, quizás por la influencia del dogmatismo Kelseniano trasladado al campo del Derecho Administrativo por ADOLF MERKL¹⁷⁵.

Dicha doctrina llega a identificar al derecho objetivo y subjetivo, incluso al Estado y Derecho, tesis que comparte FERNANDO GARRIDO FALLA quien sostiene que “no hay ningún inconveniente en que el concepto de acto administrativo abarque, en sentido amplio, tanto al acto administrativo general como al concreto”¹⁷⁶, en una postura que en verdad es un total contra-sentido.

¹⁷⁵ Decía Adolfo MERKL, lo siguiente: “...Existen actos que presentan una relación distinta respecto al orden jurídico. Ciertos actos de la administración se hallan jurídicamente cualificados porque, aunque sirven a la ejecución de normas jurídicas superiores, crean, por su parte, derechos, ya sean para una pluralidad de casos, como ocurre con la ordenanza, ya sea para un caso aislado, como ocurre con las resoluciones, disposiciones y órdenes. Estos actos son, a la vez, aplicadores y productores del derecho. Pero hay otros que se limitan a ejecutar el derecho. Y esta falta del aspecto creador les ha proporcionado la apariencia de su irrelevancia jurídica, y también los mismos actos creadores, con excepción de las ordenanzas, suelen ser desprovistos de esta su naturaleza creadora y considerados como actos de pura aplicación del derecho. En lugar, pues, de esta división tendremos la de actos administrativos meramente ejecutivos y actos administrativos a la vez creadores del derecho. Al primer grupo pertenecen aquellos actos que aplican un precepto jurídico a un caso concreto, sin establecer, por su parte, un precepto jurídico. Los actos del segundo grupo serán aquellos que al poner en ejecución un precepto jurídico superior establecen otro precepto jurídico inferior del que resultan también obligaciones y derechos. Ejemplos de estos actos establecedores de derecho son los Reglamentos que, por un lado, aplican la ley, pero, por otro crean derecho, para un grupo mas reducido de casos, es cierto, pero con la misma generalidad que el de la ley que los condiciona; lo mismo cabe decir de las disposiciones, resoluciones y órdenes que, por un lado, aplican el derecho contenido en la ley o en el Reglamento, pero, por otro, crean el derecho para el caso concreto. [...] En sentido estricto, sólo los actos jurídicos o, con la expresión arriba utilizada, los establecedores de derecho, se consideran como actos administrativos. Por último, suele restringirse la amplitud del concepto de acto administrativo, porque se excluyen de él todos aquellos que crean derecho para una pluralidad de casos, limitándolo para aquellos actos que establecen derecho para un caso individual. Así Otto MAYER define el acto administrativo como aquella “decisión que corresponde a la autoridad administrativa y que determina frente al súbdito en un caso concreto lo que ha de ser derecho para éste”. Este es el concepto mas restringido de acto administrativo. Abarca los actos de la autoridad administrativa con carácter impositivo, excepción hecha de los Reglamentos. Entre los diversos tipos de actos administrativos hay que estudiar en primer lugar los Reglamentos. Los Reglamentos son actos administrativos establecedores de derecho, con los cuales, según la expresión corriente, se crea derecho para una pluralidad de casos, se regula jurídicamente una pluralidad de casos” Cfr. Adolfo MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Colección Crítica del Derecho, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 226-228

¹⁷⁶ Cfr. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I. Parte General*, 13ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 547.

De hecho, no toda la doctrina *iuspublicista* comparte este criterio, pues parten de la diferencia, de que el “acto administrativo” se dirige a un caso particular a diferencia del reglamento. De hecho, los reglamentos, son normas jurídicas generales y abstractas del todo diferenciables del “acto administrativo”, y por lo tanto, no se pueden catalogar como “actos administrativos”, pues en principio no tienen un alcance individual, además de ser producto de una “función” materialmente diferente que la que procura el “acto administrativo”, por lo cual EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que “la potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria”¹⁷⁷.

La razón de la distinción en GARCÍA DE ENTERRÍA, es que el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el “acto administrativo” es algo ordenado, producido en su seno, por lo cual, sólo corresponde la “potestad reglamentaria” a aquellos órganos a quienes específicamente se les atribuye el poder de dictar “actos administrativos”, que es una cualidad general de todo órgano de la Administración. Por otro lado, el reglamento es derogable *ad nutum*, mientras que al “acto administrativo” le afectan límites a su revocación; y de hecho, la ilegalidad de un reglamento comporta siempre su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto, como regla general, sólo implica su anulabilidad¹⁷⁸. Sin embargo, es pertinente recordar, que GARCÍA DE ENTERRÍA admite la existencia de “reglamentos singulares”¹⁷⁹.

Con arreglo a estas premisas, parte de la doctrina, ha dicho que todo acto normativo, imperiosamente debe excluirse de una Teoría General de los “actos administrativos”. La razón de ello, se halla en el hecho de que el reglamento tiene

¹⁷⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª Edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 556.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Es un contrasentido hablar de “reglamentos singulares”. Se afirma que el “acto administrativo” “concreta”, pero ello es equívoco ya que se confunde reglamento-acto. El reglamento sí que concreta el mandato de la Ley, pero esta concreción no lo rebaja a acto singular. Por eso, decir que el reglamento es norma concreta es correcto, pero no decir que es singular”. Cfr. José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los Actos Administrativos*, Editorial Civitas, 1991.

unos peculiares caracteres –generalidad, abstracción e impersonalidad– que se diferencian ostensiblemente de los “actos administrativos”.

Ahora bien, si se parte de que la generalidad es condición necesaria para que exista un reglamento, entonces no caben “reglamentos singulares”, aun cuando esa generalidad no resulta para algunas corrientes doctrinales condición suficiente si se parte del aislamiento, ya que existen actos que siendo generales, carecen de los caracteres de la abstracción y de la impersonalidad. Así las cosas, se distingue en la actividad de la Administración Pública, a los actos normativos –reglamentos; a los actos generales no normativos, que si bien tienen la generalidad, carecen de otros caracteres para ser normativos y los actos singulares, individuales, con destinatarios determinados o determinables, con el motivo de elaborar una Teoría General de los “actos administrativos” que se atenga a las últimas dos categorías. No se olvide que el reglamento es una “actuación” de la Administración pero no un “acto administrativo”.

Las diferencias evidentes entre reglamento y “acto administrativo”, serían las siguientes:

- a) El reglamento crea “ordenamiento”¹⁸⁰;
- b) El reglamento es abstracto e impersonal, no se agota por su aplicación continuada mientras no se derogue;

¹⁸⁰ Esta palabra a veces es confusa. Por ejemplo Jorge RODRÍGUEZ señala que “...ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen los conceptos de “orden jurídico” y “sistema jurídico”, definiendo al primero como una secuencia temporal de sistemas jurídicos y al segundo como un conjunto finito de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas y entre las cuales hay al menos una norma que impone una sanción. La unidad de la secuencia del orden jurídico está dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos que forman parte de esa secuencia, mientras que la identidad de cada sistema está dada por la identidad de sus elementos (normas). Conforme a lo expuesto, el concepto de orden jurídico hace referencia a la faz dinámica del derecho, en el sentido de que los conjuntos de normas que lo conforman están sujetos a ser reemplazados en el tiempo como consecuencia de la promulgación de nuevas normas o por la derogación o modificación de las ya existentes. El concepto de sistema jurídico, en cambio, hace referencia a un momento estático en esa secuencia”. Cfr. Jorge L. RODRÍGUEZ Y Germán SUCAR “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho” en *Analisi e diritto* 1998, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 282 y 283.

- c) El “acto administrativo” no crea “ordenamiento”, no crea derecho objetivo aunque sí derecho subjetivo y suelen consumarse con su aplicación en un solo caso;
- d) Los reglamentos necesitan la habilitación legal aunque sean independientes, pues no es igual el “principio de legalidad” que el principio de reserva de Ley, y tienen efectos *erga omnes*, mientras que los “actos administrativos” lo más que pueden contener son estipulaciones en favor de terceros;
- e) Los reglamentos suelen tener un régimen especial de impugnación; y
- f) Los reglamentos pudieran contener períodos de *vacatio* a partir de su publicación, lo que no ocurre con los “actos administrativos” aunque sean generales¹⁸¹.

II. LAS OPERACIONES MATERIALES. DISTINCIÓN ENTRE ACTIVIDAD Y ACTOS

En la construcción de la noción “actos administrativos”, se hace una fundamental distinción entre, “acto administrativo” y “actos materiales”. La razón de esta distinción consiste en separar las distintas manifestaciones de la “actividad administrativa”.

En el ordenamiento jurídico se puede observar la presencia de “actos jurídicos” y de “actos materiales” o en el sentido de MASSIMO SEVERO GIANNINI entre “operaciones jurídicas” y “declaraciones”, los *primeros* entendidas, como modificaciones en la realidad a través de una actuación material de la persona que realiza una multiplicidad de actos singulares y los *segundos*, como las declaraciones que producirían modificaciones jurídicas en cuanto pronunciamientos, esto es, serían actos que, bajo el aspecto material, consisten en secuencias de palabras o sucedáneos de ellas, teniendo un contenido significativo.

¹⁸¹ Cfr. José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los Actos Administrativos*, Editorial Civitas, 1991.

Y es que para GIANNINI, es cierto, que todo el actuar humano implica una “operación material”, siendo a veces del todo irrelevantes jurídicamente, pero sostiene que la importancia es esencial ya que la diferencia entre “operaciones jurídicas” y “declaraciones” estriba en que las “declaraciones” no pueden ser más que pronunciamientos detallados, y las “operaciones” pueden ser pronunciamientos precedidos de otros actos relevantes o la simple materialización de la voluntad, pero ello, sin embargo, no aclara del todo, el rol que juega la “actividad material” en el Derecho Administrativo, pues la diferencia con las “declaraciones” es prácticamente inexistente, no dando toda la importancia que tienen los “actos jurídicos” como soporte de la “actividad material”.

Una posición considerable respecto a estos “actos” es la sostenida por GASTÓN JÉZE, quien sostiene que frecuentemente estos “hechos materiales”, no interesan en lo más mínimo al derecho, señalando que:

...Tampoco producen ninguna consecuencia jurídica. Cuando el profesor ha dictado su curso, cuando el conferenciante ha concluido su conferencia, cuando los actores han representado la comedia, ningún efecto jurídico se produce; tampoco surge ese efecto cuando el barrendero ha retirado la nieve, el cartero distribuido la correspondencia, el peón caminero roto el montón de guijarros etc. [...] el acto material puede haber sido realizado en tales condiciones que resulte una posible consecuencia jurídica¹⁸².

En razón de ello, se puede afirmar que según la caracterización que GASTÓN JÉZE realiza de los “actos-condición”, a veces la condición, es un “acto material”, cuando afirma que:

[...] un hecho material no es nunca, desde el punto de vista de la técnica jurídica, más que la condición de aplicación a un individuo de un

¹⁸² Cfr. Gastón JÉZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I. *La Técnica Jurídica del Derecho Público Francés*, Traducción directa de la 3° edición francesa, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 69 y 70.

“*status*” legal, o la condición para el ejercicio de un poder legal. Pero jamás un hecho, un acto material, crea una situación jurídica cualquiera. La situación jurídica general no puede ser creada más que por una manifestación de voluntad denominada Ley o Reglamento; la situación jurídica individual no puede ser creada más que por una manifestación unilateral o bilateral de voluntad. En otros términos, se precisa siempre un acto jurídico, una manifestación de voluntad en el ejercicio de un poder legal¹⁸³.

Se deduce por tanto, que en la “actividad material”, debe incluirse la técnica y lo intelectual, y que si bien en algunos casos son indiferentes para el derecho, valga recordar que sí pueden llegar a ser jurídicamente relevantes, cuando se cumple imperfectamente esta actividad, pues así como los “actos jurídicos” contrarios a derecho se reputan como ilegales, y la sanción es su nulidad o anulabilidad, también habrá que convenir en que los “actos materiales” y las operaciones de este tipo serían ilícitas con la consecuencia de que la sanción sería la responsabilidad.

No se piense pues, que es irrelevante esta discusión. Piénsese que para GUIDO ZANOBINI por ejemplo los “hechos materiales” en sentido amplio deben incluirse dentro de la categoría de los “actos administrativos”, por la diversidad de consecuencias jurídicas. Sin embargo, este autor insiste, en que hay unos supuestos que no dan lugar a “actos administrativos” tales como:

- a) La actividad meramente de hecho y jurídicamente irrelevante;
- b) La actividad material, técnica e intelectual, a través de las que se desarrollan ciertos servicios como comunicaciones, educación y transporte, entre otros.
- c) Las actividades materiales que son simple ejecución de actos previos.

¹⁸³ *Ibidem*

En Latinoamérica, AGUSTÍN GORDILLO se ha preocupado de la distinción, enfatizando que la “actuación material” de la Administración debe quedar fuera del concepto “acto”. Por ello, establece una diferencia entre “hechos materiales” y “actos” en los siguientes términos:

...Ya hemos indicado que la noción de acto administrativo, al buscar sistematizar el total de la actividad administrativa, se ubica primeramente en relación a aquella actividad administrativa apta para producir efectos jurídicos. [...] Corresponde ahora recordar una segunda gran clasificación de la actividad administrativa, que nos llevará casi directamente al meollo de la definición de acto administrativo: la distinción entre actos y hechos realizados en ejercicio de la función administrativa. Se advertirá desde ya que estamos refiriéndonos a actos y hechos “realizados en ejercicio de la función administrativa,” para evitar así momentáneamente el empleo de los términos “actos de la administración” o “actos administrativos,” que son las expresiones aparentemente más adecuadas para tratar el tema, pero que han sido sumidas en un mar de confusiones verbales por disputas semánticas entre distintos autores. Séanos permitido por un instante prescindir de aclarar con precisión qué habremos de entender por actos y hechos, y utilizar provisoriamente el concepto intuitivo que todo lector tendrá sobre ambos conceptos: de tal modo, entrecruzando la primera gran clasificación (“actividad productora y no productora, de efectos jurídicos directos”) en forma transversal con la segunda (actos y hechos realizados en ejercicio de la función administrativa), tendríamos así cuatro grandes sectores de la actividad administrativa: los actos productores de efectos jurídicos directos y los actos no productores de efectos jurídicos directos; los hechos productores de efectos jurídicos directos y los hechos no productores de efectos jurídicos directos. Para seguir prescindiendo momentáneamente, a los efectos de este análisis, del empleo de la palabra tabú (actos de la administración; actos administrativos), podríamos decir que hemos sistematizado aquella

función según que ella se manifieste en actos jurídicos (lato sensu), actos no jurídicos, hechos no jurídicos, hechos jurídicos. Actos no jurídicos: son decisiones de la administración que no producen efecto jurídico alguno. [...] Actos jurídicos: son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, esto es, que producen el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o un deber. [...] Hechos no jurídicos: Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo; [...] Hechos jurídicos: La posesión de una cosa determinado tiempo, es un hecho que produce el efecto jurídico de que esa cosa sea adquirida por prescripción¹⁸⁴

Para luego preguntar GORDILLO, por qué se distinguen los “actos” de los “hechos” en base a los argumentos de: 1) Certeza jurídica: la fundamentación del acto; 2) Índole de los efectos jurídicos; 3) Presunción de legitimidad; 4) Términos de impugnación. 5) Consentimiento; y 6) Sanción de nulidad; ya que en la práctica puede haber dificultades para distinguir el “acto administrativo” del “hecho administrativo”, ya que:

...En efecto, la declaración debe encontrar una traducción al discurso o al lenguaje del mundo externo para poder ser tomada en consideración en cuanto acto por el orden jurídico. Esa forma exterior puede ser expresa o tácita, positiva o negativa, pero cabe señalar que la ejecución material del acto administrativo comporta por lo general tan sólo un hecho administrativo, por lo que una decisión que se infiera del conocimiento material de su ejecución superpone el concepto de acto y hecho¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. El Acto Administrativo, 9ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, p. III-1- III-3.

¹⁸⁵ Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, ob., cit.*, p. III-15.

III. DIFERENCIA ENTRE “ACTOS ADMINISTRATIVOS” Y “ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN”

Conforme a las consideraciones precedentes, se habrá notado que en la construcción de la noción del “acto administrativo”, por lo menos en derecho comparado, se le ha impuesto una restricción importante, cual es, que no todos los actos que emanan de la Administración son “actos administrativos” de forma contraria a lo que ha sucedido en Venezuela.

Y es que ciertamente, deben quedar fuera de la noción “actos administrativos”, aquellos que se dicten con arreglo a la “actividad privada” de la Administración, pese a que gran parte de la doctrina nacional se opone a ello, quizás porque la doctrina se ocupó principalmente de evaluar sí el acto es impugnabile jurisdiccionalmente o no, ocasionando con ello un escaso estudio respecto a la Teoría General del Acto Administrativo.

La corriente opuesta a dejar fuera del estudio de los “actos administrativos” a aquellos provenientes de la “actividad privada” de la Administración, parte de un supuesto muy distinto al de la vinculación procesal, considerando que el “acto administrativo” ha de producir efectos con relación a terceros, mientras que el “acto de la Administración” despliega sus efectos en su ámbito interior, identificándose con los actos externos e internos.

Se decía, que la razón de dejar fuera del estudio a los “actos administrativos”, a aquellos provenientes de la “actividad privada” de la Administración, se basaba más bien en que los actos de derecho privado no cuentan con el obrar del *ius imperium* que caracterizaría a los “actos administrativos”; además de que los actos jurídicos de derecho privado, no interesan en absoluto al Derecho Administrativo, razón por la cual, tampoco deberían interesar a esta disciplina los actos jurídico-privados unilaterales; los actos políticos o de gobierno y los actos bilaterales incluidos en el amplio marco de los contratos de derecho público¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Para un estudio de la actuación acto-contrato Cfr. José Luis MEILÁN GIL, *La Estructura de los Contratos Públicos*, Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 17-52.

Bajo la denominación “actos de la Administración”, tradicionalmente se incluyen *primero*: todos los que emanan de ella, cualquiera que sea su naturaleza, y *segundo*: los “actos administrativos” que son dentro de los “actos de la Administración” una especie determinada por la actuación en faceta jurídico-pública.

IV. CONCEPTO Y CARACTERES DE LOS “ACTOS ADMINISTRATIVOS”

La idea y la terminología del “acto administrativo” como se ha destacado tiene su origen como todo el Derecho Administrativo en Francia, producto de los acontecimientos producidos a partir de la “Revolución Francesa”.

Allí se utilizó el vocablo “acto administrativo” por vez primera en la Ley de 16 Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795), que prohibía a los tribunales el conocimiento de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie, y la Ley de 16-24 de agosto de 1790, pues aunque partía de los mismos supuestos, hablaba de las “operaciones de los cuerpos administrativos”, el cual fue definido por el Directorio el 2 de Germinal del año V (22 de abril de 1797), “como todas aquellas que se producen dentro de las órdenes del Gobierno por sus agentes inmediatos bajo su vigilancia y con fondos suministrados por el Tesoro Público”.

En el caso de la construcción de la noción del “acto administrativo” en Venezuela como se ha visto, fue totalmente elaborada desde la concepción procesal, pero quizás esto sea una consecuencia trágica del nacimiento de dicho vocablo, por cuanto también en Francia, su origen, estuvo marcado por su vinculación procesal, para defender, no a los ciudadanos o jueces, sino más bien a los “administradores”, ya que fue una peculiaridad de la Revolución, el de interpretar que conforme al *ancien regime*, los “parlements” franceses iban a interferir en la acción del Poder Ejecutivo, qué se entendía que era equivalente a la “voluntad general”.

En el caso de Venezuela, suelen proponerse indiscriminadamente muchas palabras para designar los “actos administrativos”, aunque también hay ocasiones en que se habla abiertamente de ellos. La razón quizás, es que nunca, como

sucedió en Europa, se trató de definir *urbi et orbi* al “acto administrativo”, salvo la muy temprana y conocida definición que esbozó el jurista MERLÍN en 1812 entendiendo como tal a la “decisión o arrét de una autoridad administrativa, o una acción, o un hecho del administrador en relación con sus funciones”.

Descartando la vinculación procesal, se sostiene preliminarmente que por “acto administrativo” puede entenderse la declaración unilateral –no bilateral– de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de un ente administrativo actuando con arreglo al Derecho Público, tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa¹⁸⁷.

Respecto a lo de “declaración”¹⁸⁸ unilateral, debe advertirse que es una de las más discutidas y difíciles de perfilar en el derecho público y, por tanto, en su

¹⁸⁷ Cfr. José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Editorial Civitas, 1991.

¹⁸⁸ En Venezuela PÉREZ LUCIANI criticando con razón la LOPA y su definición de “*acto administrativo*” señala que “...Para entender esta noción se hace necesario precisar lo que debe entenderse por declaración. Este es un problema de teoría general del derecho, la cual ha sostenido que entre la clasificación de los actos jurídicos se distingue aquel acto que está constituido por un discurso para hacer claro a los otros el propio pensamiento, que recibe al nombre de declaración del cual se deriva el de declaración jurídica. Los otros actos que no son declaraciones, sino que son actos con desenlace físico se llaman operaciones y los actos con desenlace psíquico son o inspecciones o declaraciones. En las inspecciones el desenlace físico se refiere a la misma persona que realiza el acto y las declaraciones cuando el desenlace psíquico mira a una persona distinta del agente. Otro tratadista de derecho privado señala que los actos relevantes para el derecho se pueden distinguir según el cambio o suceso en que el acto se agota. Actos que se agotan con un efecto psíquico interno y actos con efecto material externo. Los de efecto psíquico se distinguen a su vez según la sede del suceso psíquico, es decir, según que la mente en que el cambio debe producirse sea la de otros destinatarios o la del mismo autor del acto. Cuando el suceso psíquico mira a otros, el acto asume la figura de la declaración; cuando el cambio afecta al mismo autor se denomina inspección. El fenómeno que se presenta en la “declaración” puede caracterizarse –según el autor que seguimos– como un evadirse el pensamiento de sí mismo y tornarse expresión objetiva dotada de vida propia, perceptible y apreciable. El cambio que la declaración produce trasciende el medio físico para realizarse en el interior de un sujeto distinto de su autor. Su necesario destino a otros (sean éstos determinados o no) es suficiente para caracterizar la naturaleza de la declaración. En cambio los actos con efecto material externo se pueden reasumir bajo la clasificación genérica de operaciones. En términos muy aproximativos puede decirse que las declaraciones no modifican el medio físico, ni lo alteran; en cambio las llamadas operaciones suponen o presuponen una modificación o alteración material. Aplicados estos conceptos al acto administrativo, uno de los más grandes tratadistas de la edad contemporánea distingue entre las declaraciones y los actos reales. Las declaraciones las subdivide en proveimientos y actos instrumentales. El proveimiento se distingue fácilmente porque es el que produce los efectos jurídicos subjetivos principales de nacimiento, modificación o extinción

proyección en el Derecho Administrativo, razón por la cual distingue la doctrina tres momentos para determinar o no la unilateralidad: el origen, los sujetos y los efectos.

Respecto a la unilateralidad¹⁸⁹, hay que hallarla en el umbral de la relación jurídica y teniendo en cuenta la irrelevancia de la voluntad del administrado que, aunque ponga en marcha un procedimiento y el acto que se dicte al final sea a su petición, no tiene fuerza suficiente para generar un contrato, aunque se suele afirmar que la Administración Pública hoy en día actúa ampliamente en el terreno contractual hasta el extremo de que se habla de la “Administración contractual” como medio de intervención más persuasivo que el del “acto de imperio”, pero ello, sin embargo, no desnaturaliza tales actos que siguen siendo, con mucho, el principal instrumento de que se vale la Administración Pública actual.

En cuanto a si el “acto administrativo” es una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, debe destacarse que usualmente se afirma que se trata de aspectos psíquicos que repercuten en la voluntad orgánica, con lo cual, el titular del órgano desaparece dentro de éste cuando actúa por y para la entidad a la que imputa su “actividad” y su voluntad, pues sólo operan en el mundo real las personas físicas. También se pone el acento en que el “acto administrativo” debe emanar de un “ente administrativo”, y con ello se negaría la tesis de los llamados

de situaciones subjetivas”. Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, *La Noción del Acto Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 103-105.

¹⁸⁹ Según Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “...La unilateralidad de la capacidad regulativa del acto administrativo no es expresión de un estilo autoritario de la Administración. La crítica de que el acto administrativo no se acomoda a la imagen de una Administración que interviene cooperativamente no está justificada. El Derecho del procedimiento administrativo con sus exigencias de solicitud previa, trámite de audiencia y deber de motivación muestra que los actos administrativos son el resultado de un entrelazamiento de relaciones comunicativas, para el cual la relación jurídico-procedimental administrativa ofrece el marco jurídico adecuado. Este entrelazamiento se mantiene también posteriormente, salvo en aquellos casos en que su eficacia se agota instantáneamente [...] En algunas situaciones el acto y el contrato son equivalentes desde el punto de vista funcional. También los actos administrativos, y no sólo los contratos, sirven para dar cauce y forma jurídica a fenómenos de cooperación. Lo que ocurre es que lo hacen con características específicas, es decir, separando con claridad las esferas de responsabilidad”. Cfr. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 319 y 320.

“actos de autoridad”¹⁹⁰ que en verdad no son “actos administrativos” dictados por los particulares, sino actos dictados por personas que están en una dependencia de una entidad de derecho público. Sobre estos “actos de autoridad”, se puede sostener que es muy distinto apuntar que existen “actos administrativos” dictados por particulares, a sostener que éstos produzcan actos sometidos al derecho público, lo cual es muy distinto. Conforme a ello, parece evidente que para hablar de “acto administrativo”, la Administración debe actuar en su faceta de derecho público, por lo cual no existen “actos administrativos” provenientes de la Administración cuando actúa como un particular y cuando utiliza el derecho privado.

En cuanto al “acto administrativo”, se afirma también que la actividad de simple comprobación declarativa, registros, certificaciones, o emisión de juicios, concluye con la emisión de “actos administrativos”¹⁹¹, en cuanto tienden a constatar hechos o emitir opiniones, pero si esto puede ser discutible, no lo es el que el “acto administrativo” está destinado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los entre los administrados y los ciudadanos en su esfera interna o externa.

Ahora bien, para entender la noción “acto administrativo”, es necesario evaluar los caracteres que normalmente le acompañan, aun cuando en esto como en tantas otras cosas, la doctrina discrepa en cuanto a cuáles son realmente esos caracteres definitorios del “acto administrativo”, quizás porque no se han estudiado de forma independiente, guiados por la elaboración de una teoría del acto administrativo.

En cuanto a estos caracteres, podemos mencionar que tradicionalmente en Venezuela, se señalan varios, tales como: la llamada “presunción de legitimidad”; la “ejecutoriedad”¹⁹² y la “ejecutividad”, aun cuando también en la doctrina foránea

¹⁹⁰ Cfr. Rafael J. CHAVERO GAZDIK, *Los Actos de Autoridad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, 143 pp.

¹⁹¹ Cfr. Juan DE STEFANO, “Los Meros Actos Administrativos” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 84, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 33 y ss.

¹⁹² Cfr. Allan R. BREWER-CARIÁS “Aspectos de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio solve et repete” en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 53, Año XIV. Caracas, 1965, pp. 67-86.

comparten estos caracteres pero añaden otros como el de tipicidad y el bastante problemático de la obligatoriedad.

1. *La Presunción de Legitimidad*

En cuanto a la llamada “presunción de legitimidad”, es evidente que no es pacífica en la doctrina, ni en su extensión ni en su terminología. Sectores de la doctrina la identifican como una “presunción de legalidad” que distingue al “acto administrativo” y al “acto jurídico” del derecho privado, por cuanto si el acto privado es contrario a la Ley, es incapaz en principio de producir los efectos jurídicos que le son propios; pero si un “acto administrativo” es contrario a la Ley, se dice que a pesar de ello produce los efectos jurídicos hasta el momento en que una autoridad pública pronuncia su anulación.

Ya MARCEL WALINE¹⁹³, incorporaba límites a esta presunción: la nulidad y la inexistencia. Dicho jurista señalaba que la validez se basaba en el hecho de que los administrados no pueden ser jueces del valor de los “actos administrativos”, pero en caso de simple apariencia de acto, la obediencia desaparece. En el caso de Venezuela, GONZALO PÉREZ LUCIANI ha señalado con precisión, que ninguna norma o disposición legal consagra dicho “principio” en el ordenamiento jurídico venezolano, pero las decisiones de los tribunales que conocen de la materia administrativa en los últimos años, repiten, “sin examinar ni hacer un juicio crítico sobre la llamada “presunción de legitimidad”.

Además, señala PÉREZ LUCIANI, que el uso de los términos "presunción de legitimidad" por algunos autores y por la jurisprudencia venezolana obedece “a la aceptación acrítica de ideas y postulados de algunas doctrinas foráneas, en un principio adoptadas de los juristas y tratadistas italianos (...) y, en los últimos tiempos de la española”, descuidando el hecho, que la llamada “presunción de

¹⁹³ Cfr. Marcel WALINE, *Droit Administratif*, 9è ed, Paris, Sirey, 1963, 934 pp.

legitimidad” como característica del “acto administrativo” ya ha sido rechazada por la mas avisada doctrina.¹⁹⁴

2. Ejecutoriedad y Ejecutividad

Tradicionalmente se afirma, que la “ejecutoriedad” de los “actos administrativos” es la posibilidad de actuar aún en contra de la voluntad de los administrados, cuando los actos impongan deberes o limitaciones, sin necesidad de una previa declaración judicial; mientras que la “ejecutividad” de los actos “administrativos” es un principio predicable de cualquier acto, de gravamen o no, y significa, eficacia en general. Por ejemplo: los actos de aprobación, dotan de eficacia al acto aprobado, es decir, lo transforman en ejecutivo, aunque no sean “ejecutorios”, puesto que para ser “ejecutorio” un acto debe ser “ejecutivo”, y ello permitirá la utilización de medios coactivos¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI “La llamada “Presunción de Legitimidad” de los Actos Administrativos” en *Revista de Derecho* n° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000

¹⁹⁵ Recientemente Luis A. HERRERA ORELLANA con bastante razón respecto al caso de Venezuela, ha dicho lo siguiente: “...Aceptado, pues, que la Administración dicta actos de diversa clase y no sólo actos administrativos, y que únicamente respecto de estos últimos es que puede la Administración ejercer su potestad de auto-tutela, lo que debía hacer con rigurosidad la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos era definir qué son o cuáles son los actos administrativos, pues sólo así podría proveer certeza y seguridad en las relaciones entre la Administración y los particulares. Lamentablemente, dicha Ley fracasó de manera rotunda en este crucial aspecto, e incluso complicó mucho más la tarea de definir al acto administrativo, al acoger una noción –que no definición- subjetiva lo suficientemente amplia e imprecisa, como para incluir en ella a todos los actos dictados por la Administración. Pues bien, debido a esta noción de acto administrativo, inútil, tanto para asegurar la legalidad de la actividad unilateral de la administración como para lograr el respecto y la garantía de los derechos y libertades ciudadanas por parte de este tipo de actuaciones, con la que se dejó por completo una definición material mas precisa, como la propuesta por GIANNINI, se disminuyó la importancia de esta capital distinción que el propio artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la jurisprudencia habían hecho entre actos administrativos y actos (organizativos, laborales, privados, etc) de la Administración, que no era otra sino limitar la auto-tutela a los casos de actos administrativos, en beneficio de los derechos y libertades fundamentales. El caso es que, luego de 1982, para muchos, debido al citado artículo 7, casi todos, si no todos los actos de la administración estaban sometidos y amparados por la potestad de autotutela administrativa.” Cfr. Luis A. HERRERA ORELLANA, *La Potestad de Autotutela. Ejecutividad y Ejecutoriedad de los actos y de los contratos administrativos*, Ediciones Paredes, Caracas, 2008, p. 154 y 155.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁹⁶ señala que los “actos administrativos” que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente (art. 8).

A este respecto, la doctrina mayoritaria parte de que en nuestro ordenamiento jurídico los conceptos de “ejecutoriedad” y “ejecutividad” de los “actos administrativos” se entienden que constituyen un privilegio o prerrogativa administrativa, por lo que no falta por ello, una habilitación expresa para predicar dichas prerrogativas, porque se entiende que es una característica general de los “actos administrativos” implícito en el ordenamiento jurídico, a diferencia del sistema anglosajón, en el que es necesario acudir al juez para dotar de “ejecutoriedad” a los mismos (Ejecutoriedad Impropia), sistema en el que el carácter “ejecutivo” del acto y la ejecución forzosa precisan conforme al constitucionalismo y la libertad de los ciudadanos, una habilitación normativa, requiriendo por tanto el aval de los tribunales para obtener una sentencia ordenando la ejecución de los “actos administrativos”.

3. *Tipicidad*

En la categorización de los “actos administrativos” que se suele efectuar, el de “nominatividad” o tipicidad de los mismos, descuella por su importancia. La base de dicho carácter se encuentra en que a diferencia del derecho privado en donde se permiten los “contratos innominados”, en el Derecho Administrativo como parte del derecho público, todos los actos deben ser típicos, razón por la cual la Administración no puede, ni siquiera cuando lo ejerce en forma discrecional, utilizar “actos” que no se encuentren admitidos en las categorías previstas por las leyes o reglamentos. El carácter de tipicidad, se predica, tanto de los actos vinculados como de los discrecionales.

¹⁹⁶ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 2.818 Extraordinaria de fecha 1 de julio de 1981.

Así pues, el acto debe estar incluido en las categorías admitidos anteriormente y no debe ser arbitrario, ni en la forma ni en el contenido. Por ello, es que la Administración no puede utilizar para su actividad pública actos de derecho privado.

4. *Obligatoriedad*

Este carácter no resulta idéntico a los conceptos de “ejecutoriedad” y “ejecutividad”. Por su carácter dificultoso, diremos que por obligatoriedad se entiende la necesidad de acatamiento de los efectos jurídicos que se generan a consecuencia del mismo.

-IV-

**CONSTITUCIONALISMO, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ACTOS
ADMINISTRATIVOS**

En esta parte, se examinarán críticamente, algunos de los principios “sincréticos” antes evidenciados que permearon fuertemente en la doctrina Venezolana.

Es menester recordar, que las Constituciones que se sancionaron conforme a las Revoluciones Liberales del siglo XVIII y XIX, fueron objeto de análisis tanto por constitucionalistas, teóricos del estado, y estudiosos de la ciencia política, sociología política e incluso por hombres de acción y de pensamiento como BENJAMÍN CONSTANT e incluso en el caso de Venezuela por el General SIMÓN BOLÍVAR. Esta era la tradición de la época, no cabe duda.

Entre estos análisis, el más importante, es el que realizaron los “constitucionalistas”, precisamente por la observación que estos realizaron de que las Constituciones sancionadas en América no traducían efectivamente los principios en los cuales se habían inspirado. Estos principios eran muchos, la “división del poder”, el establecimiento de derechos y garantías a dichos derechos, el federalismo, el control jurisdiccional de los órganos que ejercer el Poder Público (Estado) etc.

La observación mas descollante, se basó principalmente en lo que respecta a la “división del poder” o como se conoce aun mas, la teoría de la “separación de poderes”, logro del constitucionalismo¹⁹⁷ como corriente o fenómeno político,

¹⁹⁷ Esta doctrina política informada por la “ideología liberal”, precede precisamente a la disciplina denominada Derecho Constitucional, de allí su importancia. José PEÑA SOLÍS, recientemente ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación entre el “Derecho Constitucional” y el “Constitucionalismo”, criterio que compartimos, pues no puede existir verdaderamente un derecho constitucional no inspirado en los principios del constitucionalismo. Así se ha expresado José PEÑA SOLÍS “... el derecho constitucional puede ser definido como conjunto normativo con unas características

histórico, filosófico y jurídico, derivado de la “ideología”¹⁹⁸ liberal, que tuvo su primera aparición en la *praxis*, en las primeras “Revoluciones Liberales”, tales como la norte-mericana¹⁹⁹ la cual precedió al nacimiento del Derecho Constitucional, y que permitió *a posteriori*, lograr estructurar un “Estado Constitucional”, es decir un Estado sometido a un documento escrito llamado Constitución, que se diferenciaba ostensiblemente de esos otros Estados no constitucionales, despóticos y “absolutos” que existían en el ancien régime.

Este fenómeno del constitucionalismo, se basaba, y se sigue basando, en el principio de la distribución del poder, es decir, en la fórmula de varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales en la formación de la voluntad estatal y bajo el soporte de la “libertad liberal”, o de eso que BENNEDETTO CROCE, llamó la “religión de la libertad”, que no es más que la sustitución del absolutismo de gobierno por el constitucionalismo.

particulares que permiten su diferenciación dentro del ordenamiento jurídico, y como disciplina jurídica encargada del estudio de dicho conjunto normativo [...] Ahora bien, desde el punto de vista lógico y también cronológico, sólo se puede postular la existencia del Derecho Constitucional como disciplina jurídica, después que los Estados comienzan a ser regulados por un documento llamado constitución, que recoge una doctrina denominada constitucionalismo, y por supuesto que ésta precede al primero, pues se trata de la doctrina política informada por la ideología liberal de finales del siglo XVIII, que frente al poder omnímodo propia de las monarquías absolutas que se habían impuesto en Europa desde los inicios del siglo XVI, con el nacimiento de los denominados “Estados Nacionales”, predica la limitación de dicho poder, sustentada en el principio de la separación de poderes, cuya aplicación consecencialmente implica un reconocimiento de espacios de libertad para los ciudadanos, conocidos como derechos individuales o derechos de libertad”. Cfr. José PEÑA SOLIS, *Lecciones de Derecho Constitucional General*, Vol. I, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 32.

¹⁹⁸ No empleamos esta palabra en su acepción “Marxista”, sino que aludimos a “Ideología” en cuanto sistema filosófico, político y económico que principalmente promueve las libertades civiles y el máximo límite al poder coactivo de los gobiernos sobre las personas; oponiéndose a cualquier forma de despotismo, sustentada en principios republicanos, gobierno representativo y democracia parlamentaria principalmente.

¹⁹⁹ Respecto a la “Revolución Norteamericana” Tomás CARRILLO BATALLA ha señalado que: “...De la Revolución Norteamericana, puede en síntesis decirse que 1) No fue el punto de viraje de un cambio de la estructura económica y social 2) Tampoco reflejó un largo proceso de elaboración doctrinaria como en Francia. Fue sencillamente un movimiento para el ascenso al poder de las clases dominantes de la sociedad norteamericana y subsistir en el mando a las autoridades coloniales inglesas.” Cfr. Tomás CARRILLO BATALLA, *Historia Crítica del Concepto de la Democracia*, T.I, Monteávilva Editores, Colección Simón Bolívar, Caracas 1983, pp. 29 y 30.

Esta “religión de la libertad”, precisamente, se encontraba bien reflejado en la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789²⁰⁰ que en su art. 16 disponía que:

Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Éste pensamiento sin duda alguna reflejaba de una forma maravillosa, el espíritu del constitucionalismo y por ende del liberalismo, pues por una parte, en cuanto a la “separación de poderes”, se inspiraba en lo que a tal efecto exponía MONTESQUIEU en su "Del Espíritu de las Leyes", de la manera siguiente:

...La democracia y la aristocracia no son Estados libres por naturaleza. La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentran límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas.²⁰¹

Con la claridad necesaria para preservar la libertad individual, el liberalismo sostenía que era necesario que el poder frenara al poder, siendo esto una característica de los Estados moderados, quizás, porque en esos tiempos es

²⁰⁰ La Declaración fue el prefacio a la Constitución de 1791, y es de hacer notar que una segunda y ampliada versión con el mismo nombre fue aprobada en 1793 e incorporada a la Constitución Francesa de 1793 de efímera duración, pero también fue seguida por la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1795, incorporada en la Constitución de 1795 que estableció el Directorio.

²⁰¹ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Clásicos del Pensamiento, Editorial Tecnos, 6° Edición, Madrid, 2007, p. 174

bueno recordarlo, los liberales hablaban de “Repúblicas” no de “democracias”, algo que quizás en Venezuela tiende a olvidarse²⁰².

Y es que como advertía MONTESQUIEU, un “*Estado Libre*”, para que garantice la “*Libertad Política*”, debía basarse en el postulado de que:

...La Libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro. [...] Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares²⁰³

Si se ha referido al constitucionalismo, en especial, en lo que se refiere a los aportes de la “Revolución Americana y Francesa” a este proceso, respecto a la necesidad de que exista “separación de poderes” para que exista verdadera Constitución, también es importante referir, que el art. 16 de la *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen* de 1789, disponía que “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, [...] carece de Constitución”, lo que quería decir, que no sólo debía estar determinada la “separación de poderes”, sino que debían estar asegurados y garantizados los derechos, con lo cual ambos requisitos, se traducían y se traducen en condiciones básicas para poder hablar de auténtica Constitución.

²⁰² Pienso que en Venezuela, veremos más adelante cómo el “Liberalismo” que siempre se menciona como característico del pensamiento político-constitucional del siglo XIX y proyectado al siglo XX, es un claro engaño. Aunque se asemeje mi planteamiento al de los “Liberales Conservadores”, pienso que la “Democracia” –en su vocación igualitaria política y material- exacerbada puede destruir al Estado Liberal. Por eso pienso, que en Venezuela, más que “Liberales” los planteamientos “constitucionales” en Venezuela, progresivamente, se han ido confeccionando como un pensamiento más próximo al de los “Demócratas Radicales” que quieren precisamente exacerbar el Estado, buscando la desaparición del Estado mínimo (Estado democrático no liberal), que dudo pueda conllevar a una auténtica noción de Constitución.

²⁰³ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Clásicos del Pensamiento, Editorial Tecnos, 6° Edición, Madrid, 2007, pp. 175 y 176

La “separación de poderes” y la garantía de los derechos individuales, que entendían los revolucionarios franceses y americanos –con las particularidades de los primeros como ya se ha referido–, como características de una auténtica noción de Constitución, llevaban implícita la defensa de una libertad, frente al poder “absoluto”, propio de las “Monarquías Absolutas”, que se habían impuesto en Europa desde los inicios del siglo XVI, con el nacimiento de los denominados “Estados Nacionales”, con lo cual, esas dos características que lograron imponer los revolucionarios franceses por ejemplo en la Declaración, resultaban la fórmula perfecta, hasta entonces ideada por los liberales para garantizar la limitación de dicho poder, y la preferencia, por libertades que convirtieran a los súbditos en ciudadanos.

Pues bien, si la idea fundamental era dividir el poder, y con ello constituir “poderes” u órganos iguales entre sí mediante las cuales cada uno ejercería una de las tres funciones principales del Estado, como son la legislativa, ejecutiva y judicial, dándose así el origen de los llamados erróneamente “Poderes Públicos”, debe advertirse que los constitucionalistas del siglo XIX, se percataron de que medía una gran distancia entre la formulación teórica política y las Constituciones, vistas desde un prisma jurídico, ya que dicha formulación política, no salvaba según esta observación jurídica, un problema central y básico, cual era, el de que si bien cada uno de los “poderes” desempeñaría “funciones” que le correspondían por su índole (funciones propias), también podía ejercer “funciones” que no le correspondían por su índole (funciones secundarias), surgiendo con ello una nueva teoría jurídica: la “Teoría Formal- Sustancial”, antes advertida.

La posición de la “Teoría Formal- Sustancial” se basaba en que el llamado Poder Legislativo además de legislar también contaba con otra función constitucional, como era la de “control” sobre el gobierno e incluso “judicial” cuando juzgaba los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado.

El Poder Ejecutivo (Administración) también partía dicha doctrina de que las Constituciones si bien le asignaban una “función” que le correspondía por su índole (funciones propias), como era la de aplicación de las leyes del legislativo,

también permitía otras “funciones” que no le correspondía por su índole (funciones secundarias), como las de creación de sus propias normas²⁰⁴, la cual, algunas veces encontraban respaldo en la Constitución y en otras tantas sin respaldo en ella, ejerciendo con ello el Poder Ejecutivo (Administración) una “actividad” que iba siempre más allá de la simple ejecución de las normas.

Respecto del Poder Judicial también se predicaba lo mismo, se sostenía que además de estar encargado de ejercer la “función jurisdiccional”, y resolver conflictos de intereses entre los miembros del Estado, que era una “función” que le correspondía por su índole (función propia), también se observaba que las Constituciones establecían a este poder, otras actividades que la doctrina denominó como “jurisdicción voluntaria”, y a otra serie de actos como eran los “actos registrales”.

Con ello, se evidenciaba que la tri-división de Poder Público, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tan preconizada en el campo de la Teoría de la “separación de poderes” o de “división de los poderes” o de “división del Poder Público” encontraba un obstáculo en las propias Constituciones que se analizaban con lo cual, se dudó incluso que la división o “separación de los poderes”²⁰⁵ “pudiera considerarse como una institución de derecho positivo, relegándola los partidarios de esta teoría, a una mera teoría política o un principio de política o organizativo que sirviera de desarrollo de todo el sistema de poderes del Estado, o a lo sumo, una finalidad a la cual debería tender el derecho positivo”²⁰⁶.

²⁰⁴ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI “La actividad normativa de la Administración” en *Revista de Derecho Público*, n° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 19-44.

²⁰⁵ Ya LOEWENSTEIN afirmaba que “...aunque erróneamente se suele designar como la separación de los poderes estatales, es, en realidad, la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado” Cfr. Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 55.

²⁰⁶ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI “La actividad normativa de la Administración” en *Revista de Derecho Público* n° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 19-44. También nótese que “...Las primeras formulaciones conceptuales en torno a la idea de función están absolutamente condicionadas por la creencia de que la teoría de la división de poderes tenía una traducción práctica exquisitamente fiel, de tal manera que a cada poder correspondería una función diferenciada. Partiendo de estas premisas, lo propio del Derecho Administrativo sería el estudio de la función ejecutiva, esto es, de la función material de ejecución de la Ley. [...] La Administración se identifica, pues, con el poder ejecutivo según esta primera doctrina cuyas orientaciones son similares a las de otras doctrinas europeas de la época. Pues

Esta Teoría Formal-Sustancial, preconizaba también, que si bien la teoría de la “separación de poderes” alentaba una igualdad entre los tres “poderes”, de modo que ninguno pudiera sobreponerse a los demás, ello no encontraba eco en las Constituciones y en los derechos positivos de todos los Estados examinados hasta ese entonces, de lo que se desprendía que esa igualdad no estaba consagrada en las Constituciones.²⁰⁷

bien, cuando se perfila este primer concepto de Administración y de Derecho Administrativo, el contenido de la función administrativa ha rebasado con creces el estrecho reducto de la mera ejecución de la Ley. Cuando menos la Administración dispone de una amplia potestad normativa. Realmente, de hecho o de derecho, la Administración no se ha identificado nunca con la función de pura ejecución de la Ley. En efecto, la primera versión revolucionaria del principio de división de poderes, la de la Constitución de 1791, que es más pura que las sucesivas, prohibirá al poder ejecutivo “hacer ninguna Ley, incluso provisional, sino tan sólo proclamaciones conforme a las Leyes para ordenar o reclamar su observancia”. El término “proclamaciones”, según observó en su día ESMEIN, y ha recordado más recientemente DOUENCE, no podía entonces entenderse como una atribución de potestad reglamentaria al ejecutivo, sino como una habilitación para ordenar medidas de publicidad, para recordar de nuevo el contenido de leyes y reglamentos, sin añadir nada a su fuerza propia. La función ejecutiva se concibe, pues, como de pura ejecución material y de carácter no normativo en esta primera Constitución de 1791; no obstante lo cual, y como los autores citados han observado, ya en el tiempo de vigencia de dicho texto el ejecutivo llegó a dictar verdaderos reglamentos. Ni siquiera, pues, en estos primeros momentos de purismo revolucionario el poder ejecutivo se limitó a llenar una función de mera ejecución material de la Ley. Mucho menos ocurrirá esto a partir de la Constitución del VIII, en la cual se concede a la Administración potestad normativa para la ejecución de la Ley. Ha de tenerse en cuenta, además, que la fórmula de “asegurar la ejecución” de la Ley, que era la que daría en aquella ocasión cobijo y reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Administración, estaba referida a las leyes en general, no a una ley concreta, sino al bloque entero de la legalidad, lo cual permitirá ya la aparición del reglamento independiente (GARCÍA DE ENTERRÍA) [...] He aquí, pues, cómo las rápidas transformaciones de la Administración hicieron imposible tempranamente reconducir su actividad a la pura ejecución de la Ley. No obstante lo cual, la doctrina intentó fijar en este dato la esencia de la Administración y el concepto de Derecho Administrativo” Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración” en *Revista de Administración Pública* nº 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, p. 521, 522 y 523

²⁰⁷ Juan Carlos CASSAGNE, ha dicho que “...Si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes pero nunca una separación que opere, con límites precisos y definitivos, una delimitación absoluta de funciones. ¿Qué ocurre en la realidad? ¿Cuál es el sentido actual de la teoría? Aparte de la función gubernativa (que reviste un carácter superior y excepcional), las funciones del Estado pueden clasificarse desde un punto de vista material en: administrativa (actividad permanente, concreta, practica e inmediata); legislativa (actividad que consiste en el dictado de normas generales y obligatorias) y jurisdiccional (actividad que se traduce en la decisión de controversias con fuerza de verdad legal). Las tres funciones deben perseguir, primordialmente, en su orientación teleológica, a la realización del bien común, ya sea en forma inmediata o mediata. En el orden de la realidad lo que acontece es que cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas sin que ello obste a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materialmente distintas. El valor de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren. Por lo tanto,

Posición ésta que se avalaba fácilmente, si se tomaba como modelo al sistema Constitucional inglés en el que existía una “Monarquía Constitucional” en donde existía una “supremacía” de uno de los “poderes” sobre otro, como es el caso del Parlamento, que en su condición de “soberano”, de órgano de representación popular era superior a los otros dos “poderes”, superioridad que se hacía evidente si se tomaba en cuenta la obligación que tenían los demás “poderes” de ejecutar lo que este ordenaba (Teoría de la Legislación).

Estos factores, contribuyeron a sostener que la teoría de la “división de los poderes” estaba en decadencia, que era inútil o incapaz de dar cuenta de la realidad positiva de las Constituciones vigentes, con lo cual, resultaba de poco interés para el Derecho y en especial para el Derecho Constitucional, e incluso para el Derecho Administrativo.

Superada entonces esta teoría de la “división del poder”, por una nueva teoría que se erigía como más idónea (Formal-Sustancial), de raigambre germánica, se partía simplemente del principio de que en los Estados no existían tres “poderes” separados, independientes el uno del otro, e iguales jurídicamente entre si, sino “funciones” distintas, tales como la “legislativa” que se hacía consistir en la emanación de normas de carácter general y abstracto; la “judicial” que se hacía consistir en la resolución mediante sentencias con autoridad de cosa juzgada de los conflictos entre particulares y entre estos frente al Estado y la “función administrativa” que era definida residualmente como todo lo demás que realizaba el Estado, basada en una actividad al cuidado de los “intereses públicos”.

Por ello, sostenían dichos autores –JELLINEK y LABAND- que cada uno de los “poderes” le correspondía una “función propia” o típica y luego un acto típico, por ejemplo, a la “función legislativa” le correspondía un acto llamado Ley, al Poder

sin apartarse del objetivo esencial de la concepción (que es evitar la concentración indebida de poder en un solo órgano), ella puede ajustarse a las exigencias históricas graduando la competencia asignada a cada órgano en función de los requerimientos de colaboración, control y especialización funcional. Se quiebra, en consecuencia, el principio divisorio, entendido a la manera clásica, a raíz de que no pueden ya identificarse de una manera estricta los aspectos sustancial, orgánico y formal de los actos estatales” Cfr. Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 8° Edición Actualizada, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 72 y 73.

Judicial uno llamado “sentencia” y a la “función administrativa” correspondía el acto llamado “acto administrativo”. Si bien a cada uno le correspondía una “función principal” eventualmente podría ejercer otras de forma secundaria si el ordenamiento jurídico así lo disponía.

I. LA CREACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS DE HANS KELSEN Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

A la teoría “Formal-Sustancial”²⁰⁸, se le opuso una importante teoría del siglo XX, la conocida Teoría Escalonada del Derecho o de la Formación del Derecho por Grados, la cual partía de una concepción de “funciones” del todo distinta.

Los propugnadores de esta teoría (HANS KELSEN²⁰⁹ y ADOLF MERKL²¹⁰), a diferencia de la “Formal-Sustancial” (LABAND y JELLINEK etc), sostenían que aquella partía de una concepción errónea que no tomaba en cuenta la dinámica del

²⁰⁸ No tiene desperdicio lo que con sostenía Massimo Severo GIANNINI respecto a la Teoría “formal-sustancial” que tiene gran eco en la doctrina Venezolana debido a la obra de Allan R. BREWER –CARIAS “...De este modo la noción de “poder” se divide: junto a la noción “en sentido subjetivo” se introduce una noción de “poder en sentido objetivo” que después vino denominada función. Todo poder ejercita una función principal; de modo secundario puede ejercitar otras, que sólo son suyas formalmente, mientras que sustancialmente, pertenecerían a otro “poder”. [...] Una construcción de este tipo debería dar lugar a infinitas discusiones sobre su aplicación, pero tenía, por otro lado, unas ventajas de índole político nada despreciables: permitía violar el principio de división de poderes, en tanto quedaba a salvo el principio de la división de funciones. Y si algún político protestaba era fácil responderle que el principio de la división de poderes, era inaplicable en una fórmula rígida. En este esquema la administración pública del Estado no está siquiera mencionada; ésta era la puissance exécutive como había dicho MONTESQUIEU (y antes que éste Locke); ésta “responde a la idea de poder ejecutivo” como dicen nuestros tratadistas con expresión bastante sibilina; ésta es pues, diríamos hoy, un aparato ejecutivo que la corona y el gobierno, esto es, el poder ejecutivo emplea para hacer cumplir las leyes del parlamento [...] Arrojada por la puerta, la administración se introduce de nuevo por la ventana como administración actividad. Mientras se puede hablar del acto legislativo y del acto jurisdiccional, no tendría sentido decir que existía el “acto ejecutivo”, ya que el acto del poder ejecutivo es el acto administrativo. Este es incluso un “acto típico” entre los actos del Estado, que se yuxtapone al acto legislativo y al acto jurisdiccional. Actos administrativos son emitidos también por el poder legislativo y por el poder judicial [...] de donde se distinguen el acto administrativo en sentido amplio y el acto administrativo en sentido estricto, sustancial y formalmente administrativo; éste último corresponde al acto administrativo “del poder ejecutivo en el ejercicio de la función ejecutiva” (mientras el poder ejecutivo emite sólo formalmente administrativos cuando ejercita otras funciones)” Cfr. Massimo Severo GIANNINI, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, p. 75 y 76.

²⁰⁹ Cfr. Hans KELSEN, *Teoría General del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2002, 912 pp.

²¹⁰ Cfr. Adolfo MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2004, 520 pp.

derecho, que estaba representada en dos etapas: “creación” y “ejecución”, a partir de una norma superior –la Constitución– que era pura creación del derecho y que no ejecutaba ninguna norma, dinamizando la actividad jurídica por medio de actos de pura aplicación a partir de esa norma superior.

Las etapas del derecho así vistas, se reducían a la ejecución de las normas jurídicas superiores –la Constitución– y en la creación de una norma inferior, como es el caso de la ley que si bien es una concreción o ejecución de la Constitución, creaba un acto de rango inferior a ella como es el reglamento, llegando a un último escalón que estaría compuesto por la “norma individualizada” cuya ejecución no produce una nueva norma, sino la ejecución material de la norma individual.

Las figuras egregias de la “Escuela de Viena”: HANS KELSEN²¹¹ (nació en Praga) y ADOLF MERKL, sostenían que la “función legislativa” es actividad de

²¹¹ Valga aclarar un punto. En principio para KELSEN la Constitución no equivale a su propuesta de GRUNDNORM, tampoco para H.L.A HART, la Constitución equivale a su *Rule of Recognition* y ambas tesis de KELSEN y de HART, son cosas bastante distintas. Ricardo GUASTINI a partir de lecturas de Norberto BOBBIO sostiene lo siguiente: “...Para KELSEN, la norma fundamental (NF) es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica. Para HART, la regla de reconocimiento (RR) sí es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces. Sin embargo, evidentemente la NF y la RR tienen algunos importantes aspectos comunes. (a) Ambas son normas no promulgadas por ninguna autoridad jurídica. (b) Ambas son normas ni válidas, ni inválidas (no tiene sentido hablar de validez en relación con normas “últimas”). (c) Ambas tienen la función de otorgar validez a la (primera) constitución, si por constitución (en sentido material) entendemos, como KELSEN sugiere, el conjunto de normas sobre las fuentes del derecho (“reglas de cambio”, en la terminología de HART), es decir, las normas que regulan la creación de otras normas, otorgando competencias, reglando procedimientos, etc. (d) Ambas, entonces, son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales. (e) Ambas, por consiguiente, se refieren a las normas sobre las fuentes del derecho, o “normas sobre la producción jurídica” en la terminología de BOBBIO, pero son distintas de ellas [...] Me parece que las tesis de BOBBIO permiten resolver una paradoja de la teoría de HART y disolver un error de la teoría de KELSEN. Una paradoja bien conocida está involucrada en el concepto hartiano de RR. La RR es una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces. Entonces, para identificar la RR, hace falta identificar previamente a los jueces. Pero, por otra parte, para identificar a los jueces, es necesario identificar previamente las normas (las “reglas de juicio”) que instituyen los propios jueces. Sin embargo, estas normas, siendo normas jurídicas, solo pueden ser identificadas por medio de la RR. Esta circularidad parece inevitable. Ahora bien, este problema simplemente no surge, y la paradoja desaparece, si aceptamos la sugerencia de BOBBIO, e identificamos la RR simplemente con el conjunto de normas sobre la producción jurídica, cuyo reconocimiento no requiere en absoluto la previa identificación de los jueces. El criterio de identificación de la constitución es simplemente el principio de efectividad. KELSEN no distingue entre validez y existencia de las normas. Por consiguiente, no puede admitir que una norma pueda existir sin ser válida, sin tener un fundamento de validez, y entonces pretende encontrar un fundamento de validez a toda norma existente, incluida la (primera) constitución. Y, cuando se interroga sobre el fundamento de validez de la constitución, se encuentra obligado a presuponer una norma

ejecución inmediata y directa de la Constitución, y a partir de ella se originaba un segundo escalón o grado que estaría formado por la ejecución de la legislación, es decir, todos aquellos actos de ejecución que pueden englobarse bajo el género de “función judicial” o “función ejecutiva”, que en los términos de dicha Escuela, resultaban idénticas por cuanto eran ejecución de la legislación.

Las “funciones” en el segundo escalón o grado estarían formados por la ejecución de la legislación, formando todos estos actos un genero común denominado “ejecución” y que comprendería lo que se denomina “función judicial” y lo que se denomina “función administrativa”, las cuales son en esencia lo mismo, en tanto ejecución de la legislación; por ello KELSEN sostendrá que las “funciones” pueden reducirse a dos legislación y ejecución.

II. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN Y SU IMPORTANCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

Para la “Escuela de Viena”, el concepto de “Administración” quedaba reducido a toda “actividad” de ejecución de la legislación, excluida la justicia, o en otro giro, toda “actividad” del Estado que no es legislación ni justicia devenía en “administración”, resultando con ello la famosa “definición” residual y negativa de dicho concepto.

Si bien esta teoría revolucionó a la teoría del derecho y permeó en las disciplinas del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, superando así

ni válida, ni inválida – la NF – que otorgue validez a la constitución. Ahora bien, es verdad (por razones lógicas) que el conjunto de las normas validas sólo puede estar fundamentado en una norma ni válida, ni inválida, y en este sentido “suprema”. Pero, si no todas las normas pueden ser válidas, si necesariamente hay en el sistema jurídico una norma ni válida ni inválida (o un conjunto de normas ni válidas ni inválidas), ¿por qué no admitir que esta norma sea no una norma presupuesta, sino una norma simplemente “puesta”, promulgada? En otras palabras, ¿por qué no admitir que la norma suprema sea la propia constitución? ¿Por qué buscar un fundamento de validez para la constitución en otra norma, ni válida ni inválida, y no admitir, simplemente, siguiendo a BOBBIO, que la propia constitución sea la “norma fundamental”, ni válida ni inválida, del sistema jurídico? Desde este punto de vista, la constitución “existe” jurídicamente – en el sentido de que pertenece al sistema jurídico – sin ser válida. La constitución es el criterio de identificación o reconocimiento de las demás normas, pero el criterio de reconocimiento de la propia constitución es simplemente la efectividad”. Cfr. Riccardo GUASTINI, “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento” en *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 204-207

a la antecesora Teoría Formal-Sustancial, vale advertir, que la misma no ha tenido tantos seguidores como se cree, ya que en su definición negativa, no aclaró del todo qué ha de entenderse por “función”.

Conforme a dicha propuesta, toda “actividad” jurídicamente relevante deviene en una función, por tanto, la actividad debe ser considerada *in totum*, tanto en los actos o negocios jurídicos cumplidos o realizados, como la no actividad, es decir la omisión de actos. En Venezuela como se observó se utiliza esta teoría, mezclada con la “Teoría Formal-Sustancial”, como es el caso de la postura “sincrética” de BREWER-CARIÁS, criticada en Venezuela por PÉREZ LUCIANI.

Éste último señala que la actuación de los ciudadanos es jurídicamente “relevante” en la mayoría de los casos, por los actos o negocios jurídicos que realizan, pero tomados aisladamente²¹², aunque hay actuaciones de los ciudadanos que constituyen una “función” en sentido técnico.

Por último, PÉREZ LUCIANI sostiene que en el derecho público existe una nueva categoría de conceptos, como el de “función” que ha ampliado el campo tradicional, ya que si se toma en cuenta que hay “actividad legislativa” desde la iniciativa de la ley hasta su culminación, se puede observar que se desarrollan una serie de actos conectados entre sí que si bien no son actos jurídicamente “relevantes” en su conjunto, pudiera caracterizarse sin ninguna duda como una “función normativa”, actividad productora de normas primarias, cosa que sucedería de la misma forma con la “función jurisdiccional” como actividad del juez destinada

²¹² Allan R. BREWER-CARIÁS señala respecto a Gonzalo PÉREZ LUCIANI, que a pesar de su intento de “distinguir” actividad de función, incurre en igual confusión al afirmar que “la actividad que tomada globalmente sea relevante jurídicamente se puede decir que es una función”, Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI, “Actos administrativos que en Venezuela escapan al Recurso Contencioso Administrativo”, en *Revista de la Facultad de Derecho n° 6*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1968, p. 196. Por otra parte Brewer-Carías sostiene que 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, como se observa en sentencias de la CSJ en SPA de 18 7 63, en GF N° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27 5 68, en GF N° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9 7 69, en GF N° 65, 1969, pp. 70 y ss, y en su propia obra juvenil *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 108 y ss.

a producir una sentencia, que tiene el punto de que cuenta con actividades no “funcionalizadas” (“jurisdicción voluntaria” y “designación de personal”)²¹³

III. LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

No sólo el concepto de Administración ha sido un martirio para la doctrina del Derecho Administrativo, sino también el concepto de “actividad administrativa”, y con el irresoluble del “acto administrativo”, de hecho, en palabras acertadas de JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR:

...Sobre el Derecho Administrativo parece pasar una suerte de maldición histórica. De la misma manera que, según cuenta la Biblia, Yahvé castigó la soberbia de los constructores de la torre de Babel con la confusión de lenguas, todas las nociones fundamentales del Derecho Administrativo parecen hallarse sumidas en un Estado de vaguedad conceptual, de confusión irreductible. Así ocurre con el concepto de acto administrativo, una de las nociones capitales, sin duda, de esta rama del Derecho, en torno y a partir de la cual comenzó a construirse históricamente. El concepto de acto administrativo posee, en efecto, un grado de indeterminación realmente inquietante. Sus causas pueden reducirse a dos: de una parte, la disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los poco más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente conciliables entre sí.²¹⁴

Ahora bien, en cuanto a la “actividad de la administración” el problema es realmente intenso, ya que la Administración realiza múltiples tipos de actos, y una variedad de “actividades” que hacen muy difícil la construcción de esquemas

²¹³ Cfr. Gonzalo PÉREZ LUCIANI “La actividad normativa de la Administración” en *Revista de Derecho Público* n° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 19-44.

²¹⁴ Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 1° Edición, Iutel, Madrid, 2004, p. 102 y 103.

doctrinales unitarios. Dentro de las “*actividades*” más emblemáticas tendríamos las siguientes:

a) **Actividad normativa:** en la que se distinguen varios tipos de “normación”, 1) La de urgencia cuando se produce un “Estado de Excepción” 2) La de rango legal que en Venezuela es producto de una delegación legislativa permitida mediante una Ley habilitante como se refirió en capítulos anteriores y 3) La reglamentaria y la de segundo grado o ulterior, que no está del todo “funcionalizada”;

b) **Actividad organizativa:** que estaría constituida por todos los actos cumplidos por la Administración relativos a la creación de cargos, provisión de cargos, designación de funcionarios, ascenso, retiro y suspensión del cargo, etc., actividad esta que sí está debidamente “funcionalizada” según la Ley del Estatuto de la Función Pública²¹⁵ principalmente;

c) **Actividad Interna:** que está constituida por todos los actos cumplidos por los órganos de la Administración en actividades de carácter consultivo, que cumplen unos órganos respecto de otros (notificaciones, comunicaciones etc.); actividad que se discute si no tiene relevancia externa no está del todo “funcionalizada”.

d) **Actividad Política:** que estaría constituida por todos los actos que dan una orientación política al Estado, como la de tener relaciones diplomáticas con determinados países etc. Esta actividad no se encuentra “funcionalizada” y lo jurídicamente relevante son las decisiones individuales que se tomen en cada caso.

IV. EL CONCEPTO DE ACTOS ORGANIZATORIOS

Como se afirmó antes, la Administración, actúa a veces como un particular, mediante el ejercicio de una “actividad privada” compuesta de un grupo de “actos”

²¹⁵ Cfr. *Gaceta Oficial* n° 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002.

idénticas a las realizadas por un particular, cuando por ejemplo cuida determinadas propiedades etc.

Esta “actividad administrativa”, ateniéndose al principio de tipicidad antes formulado, debe tomarse en cuenta a la hora de hacer reparos a las actuaciones de la Administración Pública con medios de derecho privado, pues si bien ésta cuenta con medios de derecho público para atender al cuidado de “intereses públicos”, no es menos cierto que también cuenta con la misma propensión con medios de derecho privado que pueden ser utilizados electivamente si no existe una tipicidad exacta de su actuación en Ley para obrar con medios de derecho público.

Por tanto, la “actividad administrativa privada” se caracteriza por tender a cuidar intereses patrimoniales de la Administración mientras que la pública cuida de “intereses públicos” que les han sido encomendadas por Leyes.

V. SOBRE LA ACTIVIDAD PROPIAMENTE ADMINISTRATIVA Y SU RELACIÓN CON LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

Sin duda alguna, los “actos administrativos” sólo son posibles cuando la Administración ejerce una “actividad” propiamente administrativa. Estos se clasifican en dos sub-tipos:

1) Actos Reales: que algunos llaman “actos materiales”, que se distinguen porque la administración no solo manifiesta su voluntad, sino que ésta manifestación viene acompañada o se expresa mediante “actos” que implican una modificación, alteración o cambio físico; sin contar con las declaraciones, en las cuales la Administración, manifiesta su voluntad de alterar el medio físico; y

2) Proveimientos Administrativos:²¹⁶ o “actos administrativos” capaces de causar agravio, utilizados por la doctrina italiana, mediante los cuales, la

²¹⁶ Una quizás pésima traducción nuestra sería que por ello se entiende: “el acto de “disposición” que en ordinario interesa al público, mediante la cual la Administración persigue un interés con incidencia en la situación subjetiva del particular”. Cfr. Elio CASETA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 492.

Administración Pública actúa unilateralmente de manera autoritaria, esto es imponiendo su voluntad al ciudadano, el cual correlativamente ve restringido su derecho –modificado o comprimido– o le es creado un derecho en cabeza del particular que le da una ventaja que aquél no gozaba *uti civis*.

Estos “proveimientos administrativos” inciden en la espera jurídica del ciudadano y están dotadas de una fuerza especial llamada “imperatividad” con la cual producen el efecto jurídico deseado por la Administración sin la intervención del particular, los cuales, además permiten a la Administración en caso de requerir una posterior ejecución mediante “actos materiales”, hacer uso de la llamada “potestad de autotutela” mediante el uso de los privilegios de la “ejecutoriedad” y “ejecutividad”.

La doctrina italiana, usualmente distingue entre “actividad” de la administración pública y actividad administrativa por antonomasia, entre una de las varias “actividades” que puede ejercer la Administración Pública. Tal y como se afirmó anteriormente, hay “actividades” en las que la Administración Pública se comporta como un particular mientras que existen otras “actividades” en donde conducta de la Administración Pública es típicamente autoritaria (*ius imperium*). Esta última “actividad” sería la “administrativa” por antonomasia, que estaría regida por el Derecho Administrativo, mientras que las otras actividades se rigen principalmente por el derecho privado.

VI. SOBRE LOS ACTOS INSTRUMENTALES

Son “actos” que preceden o siguen al “proveimiento”, los cuales no producen efectos jurídicos frente al particular, de manera directa. Esta “actividad” instrumental “propriadamente administrativa” está fuertemente “funcionalizada” y constituye real y verdaderamente “función administrativa”²¹⁷.

²¹⁷ Cfr. Gonzalo F. PÉREZ SALAZAR “Los actos de trámite en el procedimiento administrativo y su impugnación” en *Revista de Derecho*, n° 26, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 29-129.

REFLEXIONES FINALES
(HACIA UNA RE-DEFINICIÓN DEL “ACTO ADMINISTRATIVO”
EN VENEZUELA)

Luego de señalar las diversas posturas teóricas de la doctrina nacional y comparada, así como las referencias legales y jurisprudenciales pertinentes del derecho nacional, no resulta nada fácil reconducir la enorme complejidad de la “actividad administrativa” a los efectos de precisar cuándo se está ante un “acto administrativo”²¹⁸ o no, por ello el pertinente título del presente trabajo especial de grado.

En estas *reflexiones*, ciertamente se ha llegado a la conclusión, que el “acto administrativo”²¹⁹ se caracteriza por ser de rango sub-legal, condicionado por la Constitución y por la Ley, siendo una institución del Derecho Administrativo, que resultaba hasta hace mucho, la exteriorización por excelencia de la “actividad

²¹⁸ Entiende por “acto administrativo” Julio Rodolfo COMADIRA lo siguiente “...toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto a terceros” *Cfr.* Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª Edición, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 4.

²¹⁹ Agustín GORDILLO señala “... Partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano lo ejerce [...] A este elemento se le agregan luego otros, con el resultado final de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa. Utilizamos ese criterio, según lo dicho, porque: a) debe eliminarse la contradicción lógica entre las nociones de acto y función administrativa; b) dicha eliminación debe hacerse sin tomar en cuenta datos accidentales como el del recurso procesal procedente y considerando en cambio lo esencial de la regulación jurídica de fondo aplicable al caso; c) los actos del poder judicial y del poder legislativo referidos a su organización interna, medios materiales, empleados públicos, etc.; se rigen por los principios del Derecho Administrativo; d) tampoco es útil proponer una desvinculación total de las nociones de función y acto administrativo, por inducir a evidente confusión terminológica e innecesaria complejidad conceptual” *Cfr.* Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo*, Tomo III, Fundación de Derecho Administrativo, 9ª Edición, Buenos Aires, 2007, p. I-11

administrativa”²²⁰, aun cuando hasta ahora (en derecho comparado incluso), no se ha podido identificar un solo régimen jurídico uniforme o unitario o con los mínimos elementos comunes que hicieran posible identificar al “acto administrativo” con una sola institución jurídica, puesto que buena parte de la “actividad” de la Administración no se traduce siquiera en actividad jurídica sino en “actividad” puramente material o técnica, al no modificar situación jurídica alguna ni intentar tampoco la producción de efectos jurídicos directos.

Entre las formas de proceder de la Administración que se dirigen a la modificación de situaciones jurídicas en el sentido más amplio o que tienen eficacia jurídica inmediata, se puede distinguir a su vez, diversas actividades, algunas de las cuales juegan un papel muy secundario –en cuanto sirven para posteriores decisiones administrativas– pero junto a las que hay otras que la Administración utiliza de modo directo para transformar eficazmente las situaciones jurídicas existentes, crear unilateralmente derechos y obligaciones susceptibles de ser impuestos coactivamente y generar seguridad jurídica en las relaciones entre la administración y los ciudadanos.

Por ello, resulta necesario aislar el concepto “acto administrativo” y desvincularlo del tema procesal administrativo, para poder describir dicha institución e identificar un régimen jurídico preciso y coherente con sus exigencias institucionales, de tal forma que la calificación de alguna “actividad” de la

²²⁰ Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA en relación a este punto ha dicho que “...La acción o actividad de la administración pública encuentra, por lo tanto, su objeto en la definición y determinación de los intereses generales conforme a lo expuesto en la Carta Fundamental y en la Ley. Los instrumentos de la actividad, tales como el acto administrativo, procuran irremediablemente, dentro de un contexto eminentemente finalístico, materializar esos cometidos, satisfaciendo de esta forma las responsabilidades históricas de la administración pública dentro del Estado social de derecho. El cometido del objeto de la actividad de la administración pública, desde el punto de vista doctrinal, y en razón de la multiplicidad de cometidos asignados a los órganos con funciones administrativas, resulta a todas luces variado y complejo. Al referirnos a la acción o actividad de la administración pública estamos haciendo referencia, por lo menos históricamente, no sólo al clásico concepto de policía administrativa en sus diferentes modalidades –salubridad, tranquilidad, bienestar etc.- sino también, desde otra base conceptual, a los de servicio público, procura existencial y fomento, que encontraron en algunos momentos de la evolución de nuestra disciplina suficientes argumentos para ser considerados como materia y contenido de la actividad administrativa”. Cfr. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4º Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 30.

Administración como “acto administrativo” suponga proporcionar abundante información sobre esa manifestación concreta de la “acción administrativa”.

Por ello, el concepto de “acto administrativo” debe describir la institución, señalando el régimen jurídico unitario con exclusiva perspectiva de derecho público frente a lo que ocurre con harta frecuencia, en donde se ofrecen conceptos que nada tienen que ver con su régimen jurídico, integrado por nutridas figuras propias del derecho privado.

Si se entiende como lo hace BOCANEGRA SIERRA, de que el “...acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria”²²¹, se comprende muy fácilmente que los “actos administrativos”, poseen un carácter regulador, en el sentido de que ostentan un efecto vinculante, que consiste en que el mismo produce inmediatamente la creación, la modificación o la extinción de un derecho o de un deber –o su declaración vinculante– o la determinación de la condición de una cosa, como sucede con los denominados “actos administrativos” reales.

Así las cosas, debe excluirse de la condición de “actos administrativos” a la mayor parte de los “actos de trámite”, a aquellos que se limitan a conformar otro anterior, “actos confirmatorios”, o a las “certificaciones” en general, las meras informaciones administrativas, los informes, e incluso recomendaciones que procedan de la Administración Pública, en tanto no son verdaderos “actos administrativos”.

Por tanto, el “acto administrativo”, para ser tal, debe producir efectos externos para poder integrar dicha categoría; estos efectos apuntan a la extensión de los efectos de los “actos administrativos” frente a terceros, fuera o más allá de la Administración que los dicta o a las posibles relaciones interadministrativas producidas al interior de un procedimiento, conceptualización ésta que nos permite excluir de la conceptualización de “actos administrativos” a determinadas

²²¹ *Ibidem*

actuaciones como las instrucciones y órdenes de servicio, aprobaciones, informes vinculantes u otras declaraciones o actos de tutela que siendo necesarias en un procedimiento solo producen efectos al exterior a través de la resolución final del procedimiento a la que sirven de presupuesto.

Como se sostuvo antes, también los “actos administrativos” deben proceder de una Administración Pública, y ser dictados unilateralmente por ella, lo que excluye del concepto de “acto administrativo” tanto a los actos que procedan de otros órganos que ejercen el Poder Público, como el Judicial, Legislativo, Electoral y Ciudadano, cuando aplican al caso concreto, normas propias de los “actos administrativos” de forma analógica, lo que rompería la perversa posición del “criterio mixto” de que serían “actos administrativos” todos los dictados por todos los órganos estatales en ejercicio de todas las “funciones estatales”

Otra importante distinción es que los “actos administrativos” para ser tales, deben ser dictados en ejercicio de una potestad de Derecho Administrativo, con lo cual quedarían excluidos de este concepto los dictados en el marco de otras ramas del derecho público, como los del Derecho Constitucional, Laboral²²², Procesal, Penal, o Internacional, y además deben ser consecuencia del ejercicio de una potestad distinta a la reglamentaria²²³, para limitar dicha noción solo al

²²² Con ello se elimina la fútil y peligrosa propuesta de los “actos cuasijurisdiccionales” y de “actos administrativos laborales”. Agustín GORDILLO señala respecto a los “actos cuasijurisdiccionales” citando a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA lo siguiente: “...Hay que evitar los equívocos a que pueden dar lugar las ambiguas afirmaciones que con alguna frecuencia aparecen en algún sector de la doctrina, que, con la mejor voluntad, pero con evidente incorrección técnica, califica de jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales los poderes que la Administración pone en juego al resolver los recursos que se interponen ante ella y la actividad procedimental a que da lugar su interposición.” Mas adelante señala que “...Ya vimos que en nuestro sistema constitucional, el particular tiene siempre derecho a requerir la intervención de un órgano judicial en sentido estricto, imparcial e independiente, para la defensa de su persona y sus derechos. Toda norma que pretenda excluir la necesaria revisión judicial suficiente y adecuada es inconstitucional en forma indubitable. Dado que no se trata de un recurso preceptivo, conviene acudir directamente a la vía judicial si no es exigible el agotamiento de la vía administrativa. La alternativa que cada vez se ofrece con más fuerza en nuestro derecho, por influencia del derecho comparado y nuestro propios antecedentes es la de introducir tribunales administrativos imparciales e independientes en sentido estricto, que dicten el primer acto administrativo, sujeto a control judicial suficiente y adecuado. Cfr. Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo. El Procedimiento Administrativo*, Tomo 4º, 9º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, pp. XI-15

²²³ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14º Edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 556.

fenómeno de la aplicación del derecho y no al de su creación, ya que el “acto administrativo” no innova el ordenamiento jurídico, sino que lo aplica, al contrario de lo que sucede con el reglamento.

De igual modo como se ha podido comprobar, la formación de un idóneo sistema “contencioso administrativo” como un fuero especial del Poder Público requirió la existencia de un “acto administrativo” previo, pero que pervirtió la noción del “acto administrativo” hasta “desustancializarla” –caso de las vías de hecho que no son “actos administrativos”– sólo para evitar de forma válida el control jurisdiccional de los actos del Poder Público, aspecto que debe entenderse para hacer posible la superación de dicha tradición.

Para culminar estas reflexiones sobre el “acto administrativo” se hace imperioso citar una idónea clasificación jurídica, teniendo presente que las mismas suelen ser bastante convencionales y en muchos casos sin verdadero contenido científico, tomando en cuenta, las clasificaciones de la más autorizada doctrina que se dedica al tema de los “actos administrativos” para hacerla siempre compatible con la libertad de los ciudadanos.

a) **Actos Administrativos Favorables:** que son aquellos que entran en la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario y que reconocen o crean un derecho o una ventaja jurídica;

b) **Actos de Gravamen o Desfavorables:** cuando perpetran o limitan el patrimonio jurídico de los ciudadanos destinatarios. Estos actos de gravamen deben ser motivados, y están sometidos a un régimen de revisión y revocación menos gravoso que el establecido para los actos administrativos favorables²²⁴;

c) **Actos Administrativos con doble efecto:** se dividen en “actos administrativos” con efectos a terceros y “actos administrativos” con efectos mixtos. Dentro de los *primeros* podemos encontrar como ejemplo las llamadas “licencias” para la realización de actividades comerciales o industriales, que afectan al titular de la actividad autorizada, pero también a los vecinos donde se

²²⁴ Ver punto a).

localiza la industria; y dentro de los *segundos*, a aquellos actos que producen simultáneamente efectos beneficiosos y perjudiciales respecto del mismo destinatario, como suele suceder con los actos que conceden sólo en parte la solicitud de un ciudadano o cuando en el acto sancionador la Administración fija una sanción menor a la que legalmente debía imponérsele.

d) **Actos con Efectos Mixtos:** serían aquellos actos en los cuales su existencia revela que a los efectos de revocación o revisión del acto, lo realmente importante no es el carácter favorable o no del acto revisado, sino la naturaleza del acto de revisión, puesto que si este es favorable para el ciudadano, las condiciones materiales y formales serán menores, no entrando en juego el principio de protección de la “confianza legítima”²²⁵ como límite a su revisión²²⁶.

En otro orden de ideas, una clasificación jurídica importante que se formula de los “actos administrativos” es entre los actos que pueden considerarse favorables para su destinatario principal, allí se encuentran:

a) **Las Concesiones:** actos que si bien son generalmente discrecionales por parte de la Administración –no reglados–, a través de los mismos, se amplía la esfera jurídica del ciudadano, dotándolo de un determinado derecho o poder del que con anterioridad carecía;

b) **Las Autorizaciones**²²⁷: actos mediante los cuales se remueven los obstáculos que impiden el ejercicio o la efectividad del ejercicio de un derecho preexistente en el patrimonio del ciudadano, a la vista del “interés público” en juego y con la finalidad de facilitar el control de los presupuestos de dicho derecho;

c) **Las Admisiones:** actos que provocan como efecto la admisión del ciudadano en una determinada institución, o simplemente en una determinada categoría de personas (el tema funcional);

²²⁵ Cfr. Pedro José Jorge COVIELLO, *La Protección de la confianza del administrado. Derecho comparado y derecho argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, 496 pp.

²²⁶ Cfr. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La Teoría del Acto Administrativo*, Iustel, 1ª Edición, 2005.

²²⁷ Cfr. José Luis MEILÁN GIL “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión” en *Revista de Administración Pública* nº 71, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1973, pp. 59-100.

d) **La Aprobación;** actos que en un sentido técnico otorgan eficacia a un acto anterior dictado por otro órgano administrativo sobre el que se ejerce un poder de fiscalización;

e) **Las Dispensas:** actos por los que la administración permite excepcionalmente, y en los casos permitidos, levantar para un determinado caso concreto una prohibición general exorbitante²²⁸

Otra clasificación jurídica, es la de los “actos administrativos” desfavorables, en ella encontramos:

a) **Las Órdenes:** decisiones de la administración que crean una obligación jurídica en su destinatario y que a su vez, se dividen en dos categorías. La **primera**, constituida por los “mandatos” que imponen una obligación positiva, y la **segunda** las “prohibiciones” que atribuyen una obligación negativa, de abstención de una determinada conducta;

b) **Las Expropiaciones:** acto –por medio de un procedimiento– mediante el cual la administración sustrae a un ciudadano de alguno de sus bienes o derechos patrimoniales en forma coactiva y mediando el pago de “justa indemnización”, aspecto que lo diferencia de una “confiscación”²²⁹;

c) **Las Revocaciones:** actos mediante los cuales se deja sin efecto un acto anterior válido por motivos de oportunidad, siempre que se traten de actos favorables;

d) **Las Sanciones:** actos mediante los cuales la administración impone una “pena”, en sentido técnico, con retribución de la conducta ilícita de una persona física o jurídica;

²²⁸ Cfr. Juan DE STEFANO “Las renunciaciones, las dispensas y las exenciones” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 75, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990, pp. 31-40.

²²⁹ Cfr. Antonio CANOVA GONZÁLEZ, Luis A. HERRERA ORELLANA y Karina ANZOLA SPADARO, *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, 251 pp.

e) **La Revisión:** siempre que sea de acto desfavorable o pueda posibilitar un “...empeoramiento de la situación jurídica del afectado bien en vía de recurso o de oficio, que es el acto mediante el cual la administración anula o declara la nulidad de un acto que considera antijurídico”²³⁰;

f) **Las Jubilaciones:** actos que extinguen la relación de funcionarial o laboral entre el personal al servicio de la administración pública y la propia administración;

g) **Los Rescates:** actos por los cuales la administración retoma un bien o servicio que antes había concedido.

En la línea de mostrar una clasificación jurídica, sobre los “actos administrativos” encontramos, que se suelen distinguir *primero*; entre “actos reglados” y “actos discrecionales; *segundo*; entre actos con carácter determinado o no de sus destinatarios; *tercero*; entre “actos definitivos” y “actos de trámite”, y por último, *cuarto*; “actos que causan estado”.

Sobre los “actos definitivos” y “actos de trámite”, se advierte que los primeros, son aquellos actos que ponen fin a un procedimiento administrativo y los sobre los segundos son aquellas actuaciones que se suceden en forma concatenada en el seno del procedimiento y que tienen una función preparatoria y subordinada al acto final, y por tanto en realidad no son verdaderos “actos administrativos”, salvando las siempre excepciones a las generalizaciones.

En cuanto a los “actos administrativos” que causan estado²³¹ se afirma que son los que agotan la vía administrativa y que por tanto pueden ser inmediatamente objeto de recurso “contencioso administrativo” lo que no significa que con ellos no quepan recursos administrativos, aunque sean potestativos.

Ahora bien, al no tomarse en cuenta la llamada concepción “procesalista” en este trabajo, y la noción de acto autoritario y paralelo con la sentencia, que

²³⁰ Cfr. Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La Teoría del Acto Administrativo*, Iustel, 1ª Edición, 2005.

²³¹ Cfr. Allan R. BREWER-CARÍAS, “Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso-administrativa” en *Revista del Ministerio de Justicia* n° 54, Año XIV, Caracas, 1966, pp. 83-112.

trasplanta la doctrina privatista del negocio jurídico propuesta por ZANOBINI,²³² se dirá en descargo que ello tropieza con el eterno problema que supone la gran diversidad de las formas de “actuación” de las Administraciones Públicas, pues como ha referido SANTAMARÍA PASTOR:

Considerándola sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica (desde una óptica material, la disparidad es, desde luego, mucho mayor), es notorio que la Administración realiza una multiplicidad de tipos de actos, sin que resulte claro, en modo alguno, a cuáles de ellos se extiende la noción (o cada una de las diferentes nociones) de acto administrativo. A los meros efectos de poner esta circunstancia de relieve, y sin afán de agotar la tipología, cabe formular una serie de clasificaciones y subclasificaciones.

[...]

Ahora bien ¿cuáles actuaciones de la Administración, de todo este proteico conjunto, se hallan comprendidas en la definición de acto administrativo? La respuesta a esta interrogante es casi imposible, porque no sólo depende de la noción de partida que se acepte; a su vez, cada una de ellas posee ámbitos variables, según la perspectiva que se acoja en cada ocasión (lo que normalmente, además, suele hacerse de manera implícita)²³³

Para finalizar, se puede sostener que si comulga con lo afirmado por SANTAMARÍA PASTOR de que la noción del “acto administrativo”, es hoy inadecuada para dar cabida a todo el conjunto de la “actividad administrativa”, la primera tarea que entonces debe hacer la doctrina nacional, es plantearse la necesidad, más pronto o más tarde, de sustituirla por un nuevo arsenal conceptual, pero

²³² Esta posición parece ser la sostenida por Gustavo LINARES BENZO en “Notas sobre los actos administrativos” en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 755-784.

²³³ Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 1º Edición, Iutel, Madrid, 2004, p. 107 y 108

comoquiera que quien escribe estas líneas no es partidario de que ya la noción sea inadecuada, es por lo que se escriben estas ideas, que no son más que unas reflexiones sobre ciertas ideas, favorables a un planteamiento delimitado del “acto administrativo”, que permita tener un verdadero Derecho Administrativo.

El escaso “control jurisdiccional” de la Administración Pública, tiene mucho que ver con esto. Todas las actuaciones de las Administraciones Públicas, hasta las más absurdas entiende la doctrina, dictan “actos administrativos”; todas las actuaciones, hasta las más absurdas de todos los órganos que ejercen el Poder Público, Nacional, Estatal y Municipal se entienden como “actos administrativos”; con la incertidumbre de cuál es el régimen jurídico aplicable de todos esos supuestos “actos administrativos”, además de contar todos con la inconstitucional “potestad de autotutela” que no se desprende del art. 141 de la Constitución y de ninguna otra norma.

De todo ello, no se puede predicar una noción de “acto administrativo” científica-jurídica, sino una definición política, que pretende hacer pasar por tales a actos que ni siquiera son en aras de conseguir el “interés público”, que de paso no debería ser tarea de la Administración Pública, sino que debería ser obra de todos los ciudadanos libres que son los que saben que es lo que más les conviene.²³⁴

²³⁴ Cfr. Antonio CANOVA GONZÁLEZ “Bases actuales para el control de la Administración Pública (Algunos argumentos a favor de la Abolición de los modelos históricos)” en *Revista de Derecho Administrativo* n° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, pp. 47-70.

REFERENCIAS GENERALES

AGUIAR, Asdrúbal, *El Derecho a la Democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, 660 pp.

ARAUJO JUÁREZ, José, *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, Editorial Paredes, Caracas, 2009, 204 pp.

BRAIBANT, Guy, “Le rôle du Conseil d’Etat dans l’élaboration du droit”, in, *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992.

BREWER-CARÍAS, Allan, “Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina” en *Revista de Derecho Administrativo* N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, pp. 31-46.

-Fundamentos de la Administración Pública, Tomo I, Colección Estudios Administrativos, N° 1, 2ª. Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, 386 pp.

-Derecho Administrativo, Tomo I. 1ª edición 1975, Publicaciones de la Facultad de Derecho- Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, 463 pp.

DE LAUBADERE, André, “Réflexions sur la crise du droit administratif français”, *D., Chronique*, 1952.

DE STEFANO, Juan, “Naturaleza y contenido de la libertad jurídica” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 128, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 19-55.

EISENMANN, Charles “La théorie des bases constitutionnelles du droit administrative” in **RDP**, 1972.

HAURIOU, Maurice “De la formation du droit administratif français depuis l’an VIII” in **Mélanges Garsonnet**, Pièce 17, Paris, 1893 (RGA 1892, Tome 2).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “La administración paralela como instrumento del Poder Público” en **Revista de Derecho Público** N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 175-178.

LEJARZA, Jacqueline, “El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999” en **Revista de Derecho Constitucional** N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 195-220.

MESTRE, J-L. “Les fondements historiques du droit administratif français” in **EDCE**, 1982-1983.

QUINTERO P, Jesús R. “Algunas consideraciones sobre la protección o defensa de la Constitución y la teoría de las normas” en **Revista de Derecho** N° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, pp. 155-223.

RIVERO, Jean “Existe-t-il un critère du droit administratif ?” in **RDP**, 1953.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nelson, “La interpretación del Derecho Administrativo conforme a la Constitución” en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela** N° 131, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, pp. 179-233.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, **Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, 307 pp.

VEDEL, George, “Les bases constitutionnelles du droit administrative” in **EDCE**, 1954.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	5
DEDICATORIA.....	11
AGRADECIMIENTOS	13
INTROITO	15
I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	31
II. OBJETIVOS DEL TRABAJO.....	31
III. MARCO METODOLÓGICO	32
IV. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.....	33

INTRODUCCIÓN GENERAL

-I-

LA NOCIÓN DE “ACTO ADMINISTRATIVO” EN EL DERECHO VENEZOLANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA	45
1. La legislación nacional y la definición del acto administrativo.	54
2. La definición del acto administrativo en el derecho comparado	59
3. La doctrina nacional y la definición del acto administrativo	67

A. El Criterio Orgánico	67
B. El Criterio Funcional	73
C. El Criterio Mixto	73
D. Críticas al criterio orgánico, material y mixto de la doctrina nacional	76
4. La jurisprudencia nacional y la definición del acto administrativo.....	79
5. La problemática definición del “acto administrativo” a los efectos del control “contencioso administrativo”.	96
6. Acotación al criterio orgánico del “acto administrativo” y a los vaivenes jurisprudenciales.....	98

-II-

**LA CONSTITUCIÓN Y LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE
“ACTO ADMINISTRATIVO”**

I. LAS FUNCIONES DEL ESTADO	105
1. La idea de Función Pública.	112
2. La Función Normativa.	115
3. La Función Jurisdiccional	117
4. La Función Política.....	118
5. La Función de Control	119
6. La Función Administrativa	120
7. La Función Electoral.....	123
8. La Teoría Formal Sustancial y la ausencia de coincidencia de la separación orgánica de poderes.	124
9. Los diversos actos estatales. La definición tradicional de la noción “acto administrativo” en Venezuela.	125

-III-

**CONSIDERACIONES PARA LA DELIMITACIÓN DE LOS
“ACTOS ADMINISTRATIVOS”**

I. LA DELIMITACIÓN VERTICAL DE LOS “ACTOS ADMINISTRATIVOS”....	133
II. LAS OPERACIONES MATERIALES. DISTINCIÓN ENTRE ACTIVIDAD Y ACTOS.....	137
III. DIFERENCIA ENTRE “ACTOS ADMINISTRATIVOS” Y “ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN”	141
IV. CONCEPTO Y CARACTERES DE LOS “ACTOS ADMINISTRATIVOS”	143
1. La Presunción de Legitimidad	147
2. Ejecutoriedad y Ejecutividad.....	148
3. Tipicidad.....	149
4. Obligatoriedad	150

-IV-

**CONSTITUCIONALISMO, DERECHO ADMINISTRATIVO Y
ACTOS ADMINISTRATIVOS**

I. LA CREACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS DE HANS KELSEN Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA.....	161
II. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN Y SU IMPORTANCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO	163
III. LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO	165
IV. EL CONCEPTO DE ACTOS ORGANIZATORIOS.....	166

V. SOBRE LA ACTIVIDAD PROPIAMENTE ADMINISTRATIVA Y SU RELACIÓN CON LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO	167
VI. SOBRE LOS ACTOS INSTRUMENTALES.....	168

REFLEXIONES FINALES

**(HACIA UNA RE-DEFINICIÓN DEL “ACTO ADMINISTRATIVO”
EN VENEZUELA)**

REFERENCIAS GENERALES	181
ÍNDICE GENERAL.....	183