

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y LA RENOVACIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO.
REFLEXIONES DESDE LA CARTA
IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS
Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN
CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA *

José Ignacio Hernández G.

*Doctor en Derecho, Director del Centro de Estudios
de Derecho Público de la Universidad Monteávila*

Resumen: La obra de Eduardo García de Enterría otorgó especial atención al control de la Administración en defensa de los derechos de los ciudadanos. Este aporte ha influido enormemente en el Derecho Administrativo en Iberoamérica, como lo pone en evidencia la Carta Iberoamericana de los derechos del ciudadano frente a la Administración.

Palabras clave: Eduardo García de Enterría, control de la Administración, principio de legalidad, Derecho Administrativo en Iberoamérica.

Summary: Eduardo García de Enterría's legal work gives special attention to the controls over the Administration, as a protection of the citizens rights. This principle has influenced the Administrative Law in Ibero-America, as can be seen in the Ibero-American Chart of the citizens rights before the Administration.

Keywords: Eduardo García de Enterría, controls over the Administration, rule of Law, Administrative Law in Ibero-America.

Recibido: 19 de enero de 2015 Aceptado: 5 de febrero de 2015

* Texto publicado originalmente en la obra colectiva en homenaje a Eduardo García de Enterría, *La protección de los derechos frente al poder de la administración*, Editorial Jurídica Venezolana, Temis, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2014.

SUMARIO

Introducción

- I. De la concepción estatista del derecho administrativo al Derecho Administrativo centrado en el ciudadano
- II. Manifestaciones concretas de la centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Quienes tuvimos ocasión de compartir las enseñanzas del profesor Eduardo García de Enterría, pudimos comprobar dos de sus cualidades básicas: su inteligencia singular y su concepción ordenada y sistemática del Derecho administrativo, centrada en la defensa del ciudadano y sus derechos fundamentales. Con la suerte que tal sistema no fue expuesto únicamente en sus clases y, más recientemente, en su *Seminario*, sino que además quedó plasmado en una prolija obra escrita, con un uso excepcional del lenguaje.

Aun cuando la obra del profesor García de Enterría nos era familiar, entramos en contacto con él, personalmente, durante nuestra estancia doctoral en la Universidad Complutense de Madrid. Estancia que contó con la honra de tener, por Director, a uno de los primeros discípulos del profesor García de Enterría: el profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer. Con ocasión a la redacción de la Tesis, y la firme dirección de su Director, leímos y releímos la obra del profesor García de Enterría, pero precisamente, desde lo que –entendemos– es su eje transversal, ya señalado: la defensa del ciudadano y sus derechos humanos. En no pocas ocasiones conversamos sobre diversas dudas con el propio profesor García de Enterría, siempre abierto a la conversación, en especial, con los doctorandos latinoamericanos.

Fue con ocasión a ese encuentro que comprobamos, por un lado, el profundo impacto que la obra del profesor García de Enterría ha tenido en el Derecho administrativo latinoamericano y más en concreto, en la América española. Pero también, constatamos cuánto quedaba por hacer, todavía, en la redefinición de ese Derecho administrativo, para ajustarlo al sistema de garantías del ciudadano y sus derechos.

Por ello, como tema para el homenaje que merecidamente se ha organizado en su memoria, hemos decidido abordar en este breve ensayo la influencia del profesor Eduardo García de Enterría, en concreto, en el Derecho administrativo venezolano. Para tratar ello, el presente ensayo se divide en dos secciones. En la *primera*, se exponen los grandes trazos de lo que, creo, es el aporte esencial de esa obra: la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos, desde la concepción del Derecho administrativo como control de la Administración. En la *segunda* expondré algunas manifestaciones concretas de esa influencia en distintas figuras de nuestro Derecho administrativo. Ello permitirá comentar la reciente *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*¹, en la cual, innegablemente, la obra del profesor Eduardo García de Enterría está presente².

1 Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

2 El tema asumido impone, por ende, un límite en cuanto a las referencias bibliográficas, principalmente referidas algunos temas del Derecho venezolano pero, sobre todo, a la obra del profesor García de Enterría.

I. DE LA CONCEPCIÓN ESTATISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO ADMINISTRATIVO CENTRADO EN EL CIUDADANO

En esta primera sección abordamos lo que se denomina aquí “concepción estatista” del Derecho administrativo. Sabido es que el Derecho administrativo presupone la existencia de un Estado, y que por ello, es fundamentalmente un *Derecho estatal*. La expresión se emplea para significar cómo el Derecho administrativo regula una parcela concreta de la actividad del Estado: aquella en la cual el Estado entra en contacto directo con los ciudadanos³.

Eduardo García de Enterría apuntó certeramente a este dato del Derecho administrativo, en una de sus piezas jurídicas más destacadas⁴. Así:

“El ciudadano se enfrenta al Poder primariamente en cuanto poder administrativo. Él le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna a la sepultura”.

Sobre esta idea volvió después Sebastián Martín-Retortillo Baquer, para recalcar que el dato característico del Derecho administrativo es su cercanía con el poder, de lo cual surgen tensiones y conflictos cuya resolución, ni más ni menos, se encomienda a esa disciplina⁵.

Partiendo de esta idea básica, en la presente sección se explora cómo esta característica derivó en el surgimiento de un Derecho principalmente centrado en el Estado y en una protección jurídica muy precaria del ciudadano. Luego, se explica

3 Este aspecto ha sido recalcado por Brewer-Carías. *Derecho administrativo*. Tomo I, Universidad Externado de Colombia/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 185.

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

5 *Instituciones de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 37 y ss.

cómo esa concepción varió al enfocarse el Derecho administrativo desde el ciudadano y sus derechos humanos, cambio en el cual Eduardo García de Enterría tuvo, como se ha dicho, un papel más que destacado.

1. La concepción estatista del Derecho administrativo y las situaciones subjetivas de los administrados

El Derecho administrativo en Venezuela, como en los países de la América española e incluso, de la propia España, acusó una influencia determinante del *régimen administrativo francés*⁶. De allí surgió la concepción de acuerdo con la cual, el Derecho administrativo es un Derecho especial y autónomo, que a partir de privilegios y prerrogativas, coloca a la Administración en una posición de supremacía frente a los ciudadanos, considerados en este plano como “administrados”. La formulación jurídica de esa superioridad fue una técnica que,

6 Seguimos a Hauriou, quien señaló que si bien todo Estado de Derecho desarrollado tiene Derecho administrativo, no siempre tiene un régimen administrativo. Es decir, el régimen administrativo es una de las posibles formas en las cuales puede organizarse ese Derecho administrativo. El régimen administrativo se caracteriza, básicamente, por un conjunto de reglas especiales y autónomas, distintas al Derecho civil, y basadas en privilegios y prerrogativas. Cfr.: Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, decimosegunda edición, Dalloz, París, 2002 (reproducción de la edición de 1933), pp. 1 y ss. La autonomía del régimen administrativo juega en un doble rol: en cuanto al régimen *sustantivo* y, también, en cuanto al régimen *adjetivo*, referido a reglas procesales y de competencia especiales para el control judicial. Incluso en Francia, sin embargo, tal autonomía no es absoluta. Cfr.: Eisenmann, Charles, “Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif”, en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Tomo IV, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 419 y ss. Aclaremos por último que los privilegios no solo atribuyen poderes exorbitantes a la Administración, sino que también imponen a ésta limitaciones inexistentes en el Derecho civil. Cfr.: Rivero, Jean, ¿Existe un criterio de Derecho administrativo?, en *Páginas de Derecho administrativo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, pp. 33 y ss. De todo ello nos ocupamos con extensión en Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto de Derecho administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Administrativa, Caracas, 2011, pp. 157 y ss.

como demostraron García de Enterría y Fernández, hunde sus raíces en el absolutismo: la potestad de autotutela administrativa⁷.

No exageramos al señalar que el centro de ese Derecho administrativo estatista es la potestad de autotutela administrativa y su producto básico, el acto administrativo. No le faltó razón por ello a Allan R. Brewer-Carías cuando explicó que definir al Derecho administrativo era, en buena parte, definir al acto administrativo⁸.

Ahora bien, en este sistema, el administrado no era un simple sujeto pasivo, pues en la relación de sujeción derivada de la potestad administrativa, contaba con posiciones activas. A tal fin, el estudio se enfocaba en las llamadas “situaciones jurídico-subjetivas”, basadas en la dicotomía entre el derecho público subjetivo y el interés legítimo, personal y directo⁹. Mientras que la primera situación otorgaba una tutela reforzada, la segunda situación era más bien precaria. El origen de esa situación, como se sabe, deriva de la distinción italiana entre las normas de acción y las normas de relación, con el propósito de reconocer cierto grado de protección a los administrados ubicados en una especial situación de hecho frente a la actividad administrativa ilegal¹⁰.

De todo ello resultó un sistema en el cual la condición de interesado valía principalmente para la legitimación activa, cumplido lo cual, el control de la Administración discurría por

7 *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2013, pp. 535 y ss.

8 *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público iberoamericano*, Volumen III, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2013, pp. 122 y ss.

9 Esta explicación, de influencia italiana, es común en el Derecho administrativo de la América española. Para el caso de Venezuela, entre otros muchos, véase a Iribarren Monteverde, Henríque, *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 13 y ss.

10 Giucciardi, E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, pp. 31 y ss.

cauces predominantemente objetivos. Además, la aplicación del principio de legalidad se enfocaba principalmente como un *principio de la Administración* y por ello, con áreas inmunes –mayores o menores– en función a la necesaria protección del superior “interés público”. A esto responde la tesis de los actos excluidos de control, como los actos políticos, de gobierno e incluso, los actos discrecionales¹¹.

2. El cambio de enfoque: la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos

Aun afirmando el principio de legalidad y el consecuente control judicial –predominantemente objetivo¹²– de la Administración, la anterior construcción teórica tiene lo que podríamos llamar un déficit democrático. La Administración, unilateralmente, define el “interés público” mediante el ejercicio de la potestad, que le permite crear, extinguir y modificar situaciones jurídico-subjetivas, mediante el acto administrativo, que se presume válido y como tal, debe ser cumplido, incluso coactivamente por la Administración¹³. El ciudadano

11 Que fue precisamente el tema central desarrollado por Eduardo García de Enterría en *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit. pp. 15 y ss. La tesis de los “actos excluidos” no tuvo mayor relevancia en Venezuela, desde que la jurisprudencia se encargó de señalar, muy tempranamente, que incluso los actos discrecionales quedaban sujetos al principio de legalidad. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 54 y ss.

12 El carácter objetivo del proceso contencioso administrativo no depende de la limitación del proceso a la nulidad del acto, sino en la propia centralidad que ese acto ocupa. Incluso admitiéndose que el interesado puede solicitar, además de la nulidad, el restablecimiento de la situación jurídica infringida, el carácter objetivo se mantendrá en la medidas en que el acto sea presupuesto procesal. En Venezuela, la influencia francesa determinó a que, de hecho, el acto administrativo fuese el centro del proceso contencioso administrativo. Cfr.: Urosa Maggi, Daniela, “Recursos contencioso-administrativos”, en *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 389 y ss.

13 El principio de legalidad del acto administrativo y su carácter ejecutivo y ejecutorio, es uno de los pilares tradicionales del Derecho administra-

no participa en ese proceso, salvo para ejercer su derecho a la defensa. Todo ello condiciona su rol a la sujeción propia del administrado. Aclaramos, nuevamente, que tal condición no solo le otorga situaciones pasivas sino también situaciones activas, pero siempre partiendo de la superioridad de la Administración¹⁴.

Ese Derecho administrativo, centrado en la Administración como poder del Estado, no era por ello esencialmente democrático. En realidad, ello es consecuencia de una circunstancia ya destacada: los orígenes no-democráticos del Derecho administrativo, especialmente en Francia, a consecuencia de lo que él llamo, felizmente, la disidencia revolucionaria¹⁵.

Los cambios derivados de la Segunda Guerra Mundial, con la internacionalización de los derechos humanos¹⁶ modificará el panorama drásticamente. En cierto modo, este movimiento supuso una vuelta a la *fundamentación liberal* de la Revolución Norteamericana, Francesa y Americana, entre los siglos XVIII y XIX, a saber, el reconocimiento de derechos naturales, inherentes al hombre, y cuya protección era necesaria para combatir la arbitrariedad y despotismo. Es importante resaltar aquí,

tivo. Para el caso venezolano, entre otros, vid. Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo general. Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 79 y ss. Se explica allí: "entre las potestades de Poder Público que ostenta la Administración Pública y canaliza su ejercicio en los términos de la normativa en materia administrativa, cabe referir al principio de presunción de legitimidad".

14 Caballero, Jesús, "La relación jurídica administrativa y las situaciones de los administrados", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, Caracas, 1999, p.7 y ss. y Meier, Henríque, "Aplicación de la teoría de la relación jurídica al estudio del Derecho administrativo", *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*, Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 911 y ss.

15 *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

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

cómo el artículo 3 de la Declaración de Virginia¹⁷ expresamente reconoció la protección de esos derechos frente a la mala administración (*maladministration*) concepto literalmente trasladado al artículo 191 de la Constitución de Venezuela, de 1811¹⁸.

Eduardo García de Enterría, en sus distintos trabajos sobre la Revolución francesa, destacó este dato. El Gobierno es, en cierta forma, un mal necesario, en tanto es una amenaza frente a los derechos inherentes al hombre y en especial, la libertad. De allí la insistencia en imponer el “Reino de la Ley”, pero entendiendo a la Ley como una Ley de libertad, y a la libertad como un verdadero derecho subjetivo¹⁹. La idea básica está presente también en la fundamentación liberal de la Revolución de Norteamérica, a través de la idea del “Gobierno de Leyes, no de hombres”, asumida igualmente en los primeros textos de Derecho Público venezolano del Siglo XIX²⁰.

17 Dispone la sección 3: “That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal”.

18 “Los Gobiernos se han constituidos para la felicidad común, para la protección y seguridad de los Pueblos que los componen y no para el beneficio, honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia; o de alguna clase de hombres en particular, que sólo son una parte de la comunidad. El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración (...)”.

19 *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 49 y ss.

20 La expresión fue empleada por John Adams en el Gazette de Boston, bajo el seudónimo “Novanglus Papers” (Nº 7, de 1774). Al aludir al concepto de República, Adams acotó “they define a republic to be a government of laws, and not of men” (*The Works of John Adams*, Volumen 4, Charles Francis Adams, Boston, 1851, p. 106). Aparece luego en el artículo XXX de la Sección de *Declaración de Derechos* de la Constitución de Massachusetts de 1780. En uno de los primeros textos de Derecho Público venezolano (Yanes, Francisco Javier, *Manual Político del Venezolano*, Academia Nacional de la His-

La internacionalización de los derechos humanos estuvo acompañada también de la proliferación de la democracia en Europa, bajo la fórmula del Estado social y democrático de Derecho que puede encontrarse en la mayoría de las Constituciones europeas de la segunda mitad del pasado siglo. De la conjunción de estos dos movimientos (internacionalización de los derechos humanos y de la democracia) derivó un importante cambio en el Derecho administrativo, pues de un sistema centrado principalmente en el Estado, se pasó a un sistema centrado en el ciudadano y los derechos humanos. Aun cuando ese cambio no fue absoluto ni uniforme en todos los sistemas, podemos encontrar un punto de conexión básico: la modificación de la teoría general de las situaciones subjetivas de los ciudadanos.

En efecto, correspondió a Eduardo García de Enterría²¹, en España, identificar ese cambio, al sostener que no puede haber contradicción entre el interés general y la libertad, pues el interés general no es otra cosa que la suma de los derechos humanos del ciudadano.

Todo ciudadano, por ser tal, es titular de derechos humanos frente a la Administración, especialmente, en un sistema democrático. Y, casi sobra decirlo, los derechos humanos son derechos subjetivos. Por ello, de la concepción minusvalorada de administrado se pasó a la concepción reforzada de ciudadano. En palabras de Eduardo García de Enterría:

“Ya hemos indicado que el administrado no es en el sistema jurídico actual un mero objeto del Derecho Administrativo, ni tampoco un término de referencia de simples posiciones

toria, 1950. Publicado originalmente en 1839), la frase es empleada para insistir que toda la acción del Gobierno debe estar orientada por el sometimiento pleno a la Ley, como mecanismo para proscribir la arbitrariedad.

21 La idea es previa la Constitución española de 1978. Cfr.: “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 6, Madrid, 1975, pp. 427-448.

pasivas (obediencia, deberes, obligaciones), que era como la teoría jurídica del absolutismo, poniendo siempre en primer término la eminencia del bien general sobre el bien particular o privado, consideraba su posición subjetiva ante el Derecho público. Por el contrario, el administrado, sin perjuicio de resultar, en efecto, destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es a la vez, como subrayó enérgicamente el pensamiento revolucionario, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el Derecho Administrativo no existiría, pura y simplemente”.

García de Enterría rescata, de esa manera, la relación entre el ciudadano y la libertad, en relación con la Administración:

“Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impida hacer lo que la Ley permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto”.

Con la Constitución de 1978, García de Enterría reafirmará estas conclusiones²²:

“Toda la tradición era la de la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba en una suerte de superioridad cuantitativa, podemos decir: la Administración sería el titular de un interés general, el ciudadano sería el titular de un interés particular. Lo general prima siempre sobre lo particular y lo particular cede siempre ante lo general. Pero antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer habrá que examinar su posición jurídica como titular de derechos fundamentales, porque si resulta

22 “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista española de Derecho Administrativo* N° 59, Madrid, 1988, pp. 325 y ss.

que es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deberán ceder a la primacía de aquellos. Ha concluido, pues, la invocación ritual de los intereses generales como sinónimo de superiores (...)."

Esta nueva construcción permitió enfocar el Derecho administrativo desde el respeto de los derechos humanos. La actividad administrativa, por ende, dejó de ser la acción orientada a la tutela concreta del "interés público", para pasar a concebirse como la acción orientada al servicio de los ciudadanos, es decir, orientada al servicio de los derechos humanos. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, recientemente, ha venido señalando que esa visión fuerza a un *nuevo* Derecho administrativo, alejado de la visión unilateral del interés general, y centrado en el servicio de los ciudadanos por medio de actuaciones democráticas²³.

3. El carácter vicarial de la Administración Pública como manifestación básica de la centralidad del ciudadano. La buena Administración y la gobernanza democrática

De lo anterior surge el denominado *carácter vicarial* de la Administración, cuya formulación teórica conecta directamente con la fundamentación liberal de las revoluciones de los siglos XVIII y XIX: la Administración no fue instituida para servir al poder sino para servir a los ciudadanos. El planteamiento no se limita a recalcar el origen democrático del Gobierno o su limitación en la Ley, expresión de la voluntad general. El planteamiento, en realidad, va más allá, a fin de insistir que el centro del Derecho administrativo debe ser el

23 *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 155. Del autor, véase también "Un nuevo Derecho administrativo: el derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho público* N° 116, Caracas, 2008, pp. 7 y ss.

servicio a los ciudadanos y a los derechos humanos. Por ello, toda la teoría montada sobre la base del privilegio y la prerrogativa pasa ahora por el tamiz de los derechos humanos.

En España, esta visión fue plenamente asumida en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978, norma que la Constitución venezolana asumió en su artículo 141. La Administración *está al servicio de los ciudadanos*, lo cual coloca al ciudadano –y sus derechos humanos– en el centro de todo el Derecho administrativo.

Tal y como ha puesto en evidencia Carlos García, al efectuar el estudio comparativo del artículo 103.1 de la Constitución de España y el artículo 141 de la Constitución de 1999, la propuesta que ante el pleno del Senado de las Cortes hiciera Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, bien resume los postulados que pueden derivarse del artículo 141 ²⁴:

“(...) se propone una fórmula nueva, que dice así: «La Administración, como organización de servicio a la comunidad y a los ciudadanos que la integran, lleva a ejecución la ley y presta y asegura los servicios públicos exigidos para el cumplimiento de los fines de esta Constitución que las leyes imponen bajo los principios de diligencia, acercamiento al administrado, imparcialidad, eficacia y sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

No entraré ahora en detalles sobre cuál es el alcance de cada uno de estos principios, pero sí diré que las notas más destacadas que caracterizan hoy día a la Administración Pública son el principio de legalidad rigurosamente entendido, el principio de la Administración prestadora de servicios, el

24 Cfr.: García Soto, Carlos, “El carácter servicial de la administración pública: el artículo 141 de la constitución”, 2009, consultado en original. La cita de la intervención de L. Martín-Retortillo Baquer se ha tomado de *Cortes. Diario del senado*, Número 50, 1978, p. 2352. Tomado de: http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1978_050.PDF [Consulta: 20.10.09].

principio de sometimiento a la ley, pero también hay que considerar que la Administración es un ente instrumental que está al servicio de la comunidad y de los ciudadanos, lo mismo que el planteamiento de sometimiento a la norma es llevar a ejecución la ley. Esta alusión a la diligencia, esta alusión a la imparcialidad, hacen que entendamos que la fórmula propuesta es una fórmula pensada, equilibrada, en la que nada sobra, pero que mantiene un cierto equilibrio con la idea esencial de que la Administración Pública es un ente al servicio de los ciudadanos”

La Administración sirve a los ciudadanos con subordinación plena a la Ley y al Derecho, siempre con objetividad y como instrumento del Gobierno. He aquí una sana regla constitucional que insiste en el carácter subordinado de la actuación de la Administración, incluso, teleológicamente, todo lo cual proscribía la arbitrariedad en el actuar de la Administración. Pues como resumió Wade, “el imperio de la Ley es lo contrario al imperio de la arbitrariedad”²⁵.

Administración de carácter instrumental, fiduciaria o “típicamente servicial”, como concluye Sebastián Martín-Retortillo Baquer²⁶. Todo lo cual tiene, para este autor, consecuencias prácticas evidentes: “idea de servicio que, sobre todo, configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente establecidos. Servicio que, además, debe ser objetivo, *a pesar que la Administración se encuentra dirigida por el Gobierno*, como proclama el artículo 97 de la Constitución de 1978”. Afirma el autor²⁷, sobre la base de esta aparente antinomia (¿cómo puede ser *objetiva* la Administración que es *dirigida* por el Gobierno *político*?) que:

25 Wade, H.W.R., *Derecho administrativo*, Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 11.

26 *Instituciones de Derecho administrativo*, cit., pp. 88 y ss.

27 *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 16

“la Administración, que es dirigida por el Gobierno, limita, sin embargo, debe limitar, su actuación, no al servicio de los fines políticos en sentido genérico, sino a servir con objetividad los intereses generales. Es lo que se ha calificado como la gran paradoja del sistema administrativo”

Hay, tras el artículo 103.1 citado, todo el bagaje relacionado con la relación entre *Administración e interés general*, que como pone en relieve Alejandro Nieto²⁸, ha estado siempre presente en el Derecho administrativo. Pero, más allá de este dato obvio, lo cierto es que la norma se esfuerza por asumir una visión servicial de Administración como institución, oponiéndose así a la “apropiación del poder por parte de los burócratas”, así como el servicio de la Administración al Gobierno.

Una concreta manifestación de esta visión vicarial de Administración, en Europa, es el progresivo surgimiento del Derecho a la buena Administración, así reconocido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El origen de ese derecho lo encontramos en la jurisprudencia de la Unión Europea que insistió en proscribir la “*mala Administración*”²⁹, que como vimos, es un principio reconocido en la Revolución Americana y en la primera

28 “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.

29 El principio de buena Administración ha sido aplicado en la Administración de la Unión Europea, dejando su impronta también sobre las Administraciones de los Estados miembros. Así lo acredita, por ejemplo, el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, y el *Libro blanco sobre la Reforma de la Comisión*, de 2000. El principio surge en la propia jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de 8 de noviembre de 1983, caso NV IAZ *International Belgium y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 96-102, 104, 105, 108 y 110/82). Su recepción actual deriva del artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Véase en general a Lanza, Elisabetta, “The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rations and Enforcement in Antitrust Case-Law”, en *Teoria del Diritto e dello Stato* 1-2-3, 2008, pp. 479 y ss.

Constitución escrita de la América española, la Constitución venezolana de 1811.

Posteriormente, el concepto ha evolucionado hasta convertirse en un derecho de contenido propio. Así, de acuerdo con el concepto de buena Administración, no es suficiente que la Administración cumpla con lo establecido en la Ley: adicionalmente, debe exigirse que adopte decisiones de calidad, todo lo cual supone ponderar todos los intereses en juego. Por ello, la actividad administrativa debe ser el resultado de la participación abierta y democrática de los ciudadanos, conforme al valor superior del pluralismo político³⁰.

Además, se ha sostenido que la promoción del desarrollo económico y social orientando a expandir las oportunidades de los ciudadanos presupone una Administración, pero no *cualquier* Administración: se precisa de la buena Administración, que como resume Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, se oriente a la mejora continua de las condiciones de vida de los ciudadanos; en tal sentido, se vincula también con el buen gobierno³¹.

De allí la conexión entre la buena Administración y la buena gobernanza o gobernanza democrática. El Comité de Expertos en Administración Pública de la Organización de Naciones Unidas ha señalado que la gobernanza es el “proceso

30 Véase en general, Tomás Mallén, Beatriz, *El derecho fundamental a la buena administración*, INAP, Madrid, 2005, y Tornos Más, Joaquín, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Volumen I, cit., pp. 629 y ss. Hay cierta discusión sobre si la buena Administración es un derecho o un principio. Cfr.: Carrillo Donaire, Juan Antonio, “Buena administración ¿Un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137 y ss.

31 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Revista de Derecho Público* Nº 113, Caracas, 2008, pp. 31 y ss. Del autor, también, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.

por el cual una sociedad se dirige, gobierna y gestiona a sí misma, es decir, en esencia, el proceso por el cual el gobierno, las empresas privadas, las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos interactúan para definir, acordar y decidir sus objetivos comunes y las formas de organización, el tipo de recursos y el conjunto de actividades que resulten necesarios y adecuados para lograr satisfactoriamente los objetivos trazados”³².

La gobernanza realza el carácter vicarial de Administración Pública, pues ella fomenta la participación ciudadana en la adopción de decisiones que respondan al consenso y no a la imposición autoritaria de la voluntad de la Administración. Esta expresión, de nuevo cuño, resume en realidad –Sosa Wagner– una vieja aspiración: que la Administración desarrolle procedimientos para garantizar la participación, la responsabilidad y la eficacia³³.

Este postulado de la buena Administración, a través de la formulación de *principios generales* orientados a promover la gobernanza democrática, ha estado presente en el Derecho administrativo global. Una de las más recientes manifestaciones la encontramos en los distintos documentos preparados por el Centro Latinoamericano de Administración y Desarrollo (CLAD) sobre la idea de democratizar la actuación de la Administración para promover un servicio efectivo a los derechos humanos³⁴.

32 Gobernanza pública para obtener resultados: marco conceptual y operacional, Nota de la Secretaría, Comité de Expertos en Administración Pública, Décimo período de sesiones, Nueva York, 4 a 8 de abril de 2011. Párrafo 9.

33 Sosa Wagner, Francisco, “Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Volumen I, Universidad de Zaragoza, 2008, pp. 643 y ss.

34 Antes nos hemos pronunciado sobre el rol del CLAD en estas reformas, en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*, FUNEDA, 2012, pp. 117 y ss.

Uno de los recientes instrumentos que resume esta visión de la Administración, es la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, de 2013. El primer párrafo de su preámbulo condensa, adecuadamente, la visión de la Carta:

“El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez”

La relación jurídico-administrativa no queda caracterizada ya por las “situaciones subjetivas” activas y pasivas de los administrados, frente a los privilegios y prerrogativas de la Administración. Ahora, los ciudadanos ocupan el lugar central del Derecho administrativo, pues su situación jurídica parte del reconocimiento de derechos humanos, incluyendo el derecho a la buena Administración³⁵.

35 Sobresale la fundamentación liberal de la Carta, que conecta con los fundamentos de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Así, se afirma que “desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano”.

Esta idea, que la Carta resume a partir del acervo iberoamericano del Derecho administrativo³⁶, se ve plasmada en un conjunto de principios y derechos que pivotan sobre el concepto de buena Administración. El punto 25 de la *Carta* señala, al respecto, lo siguiente:

“Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”.

He aquí el cambio que décadas atrás señalara Eduardo García de Enterría. El Derecho administrativo no debe encargarse sólo de garantizar una legalidad objetiva, pues también debe atender a la tutela de los derechos subjetivos del ciudadano. Derechos que, en el panorama actual del Derecho administrativo, se realzan en los derechos humanos, y en la democracia, entendida como un sistema garantista de tales derechos³⁷.

Esta visión es, además, la que se ha venido sosteniendo desde el llamado Derecho administrativo global. Recientemente Sabino Cassese ha señalado que el Derecho administrativo global es, para el Derecho administrativo, una de las grandes transformaciones y temas de estudio en la actualidad³⁸. El Derecho administrativo global no sólo estudia la actuación de las llamadas Administraciones globales, sino que además

36 Ciertamente la Carta no es un instrumento jurídicamente mandatorio. Pero su valor no es, por lo anterior, irrelevante. Por el contrario, el gran mérito de la Carta es que, insertándose plenamente en el Derecho administrativo global, promueve una visión común del Derecho administrativo en iberoamericana. Esto se afirma, de una u otra manera, a lo largo del preámbulo de la Carta.

37 Sobre la relación entre democracia, derechos humanos y Derecho administrativo, puede verse el reciente trabajo de Brewer-Carías, Allan, “Derecho administrativo y derecho a la democracia”, 2008, consultado en original.

38 Cassese, Sabino, “What is Global Administrative and why study it?”, en RSCAS Policy Papers. *Global administrative law: an Italian perspective*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2012, pp. 1 y ss.

analiza la influencia de ese *ordenamiento global* en el Derecho administrativo doméstico, influencia que se traduce en nuevas y refinadas técnicas de control sobre las Administraciones domésticas, promoviendo así la gobernanza democrática³⁹.

Es por ello que para el Derecho administrativo global no resulta importante definir a la Administración desde “privilegios y prerrogativas”. El enfoque es, en realidad, el contrario: cómo promover una actividad administrativa consistente con los derechos humanos. Esto ha derivado en la formulación de principios que, a partir de la idea de gobernanza democrática, postulan cambios importantes en el Derecho administrativo doméstico. En definitiva, el Derecho administrativo global promueve un control más racional de la Administración, enfocado en la necesidad de compatibilizar su actuación con la gobernanza democrática⁴⁰.

II. MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos apreciado, en sus trazos generales, el cambio de paradigma que supuso centrar el Derecho administrativo en los ciudadanos y sus derechos humanos. Ahora corresponde, brevemente, llevar esas consideraciones generales a algunas de las aplicaciones prácticas que este nuevo paradigma presenta.

39 Sobre la incidencia del Derecho administrativo global sobre las Administración doméstica, vid. Dolzer, Rudolf, “The impact of international investment treaties on domestic administrative law”, en *Journal of International Law and Politics*, Volume 37, Number 4, Universidad de Nueva York, 2006, pp. 953 y ss. Véase también a Rodríguez-Arana Muñoz, Santiago, “El derecho administrativo global: un derecho principal”, en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss.

40 Hernández G., José Ignacio, “El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, N° 16, 2012, pp. 197 y ss.

Para ello, trataremos de partir de las principales ideas formuladas por Eduardo García de Enterría, con referencias al tratamiento que, a estos temas, contiene la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*.

1. La centralidad del ciudadano y la interdicción de la arbitrariedad

Al margen de cuál sea el modelo adoptado por el Estado para organizar su Derecho administrativo, y dentro de las diferencias y matices que pueden encontrarse, podemos ubicar al menos un punto común en todos los sistemas de Derecho administrativo: la interdicción a la arbitrariedad de la Administración. Una idea cuyos orígenes, como antes veíamos, se conectan con las Revoluciones liberales de los siglos XVII y XIX, una de cuyas máximas preocupaciones fue, precisamente, salvaguardar la libertad frente al ejercicio del poder abusivo, déspota o arbitrario.

La arbitrariedad no debe entenderse desde un sentido puramente objetivo, es decir, como la actividad o inactividad contraria a Derecho. En realidad, la arbitrariedad solo puede definirse desde la libertad. Es arbitrario, así, todo acto que, al margen de la Ley, viole la libertad. O en palabras de García de Enterría, el poder público ejercido “por la sola voluntad del agente o por su capricho”, obviando “los valores superiores del ordenamiento jurídico”, y entre ellos, la libertad⁴¹.

La interdicción a la arbitrariedad es, por lo anterior, componente básico del derecho a la buena Administración. Desde la Declaración de Virginia se ha entendido que el ciudadano tiene un conjunto de derechos que lo protegen frente a la *mala*

41 García de Enterría, Eduardo, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?: Una nota”, en *Revista de Administración Pública*, N° 124, Caracas, 1991, pp. 211 y ss.

administración y por ende, frente a la Administración arbitraria. Desde esta perspectiva, la buena Administración es la antítesis de la Administración arbitraria, que es la *mala Administración*. Por ello, en el punto 18 de la citada *Carta* se proclama que la Administración Pública deberá “*abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo*”.

De tal manera, desde la centralidad del ciudadano, la interdicción de la arbitrariedad pasa a ser el gran tema del Derecho administrativo, cuyo propósito básico es, de esa manera, la defensa de la libertad, entendida aquí como concreto y específico derecho público subjetivo⁴².

2. La centralidad del ciudadano y la integralidad patrimonial de la Administración Pública

Otro ámbito en el cual ha cobrado fuerza la centralidad del ciudadano para el Derecho administrativo, es en la construcción de la teoría general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Eduardo García de Enterría propuso, en su momento, que toda esa teoría debería girar en torno al ciudadano, aquí considerado víctima, y en su derecho a ser indemnizado por toda lesión que no esté en el deber jurídico de soportar. Una propuesta que, como el propio García de Enterría reconoció, derivó en confusiones al considerarse que ellas proponía un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial, en el sentido de una responsabilidad en ausencia de culpa imputable a la Administración⁴³.

42 En su trabajo, ya citado, *La lucha contra las inmunidades del poder* (p. 17), Eduardo García de Enterría insiste en esta cardinal idea, que hoy día tiene pleno valor.

43 Véase el planteamiento original en García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 147 y ss. En cuanto a la aclaratoria de su tesis original, véase el prólogo de García de Enterría al trabajo de Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.

Lo que quiere rescatarse de lo anterior es el principio afirmado por García de Enterría de acuerdo con el cual, el sistema de responsabilidad patrimonial debe recaer en el concepto de lesión patrimonial, como todo daño que el ciudadano no está en el deber de tolerar y que constituye una privación singular a su propiedad⁴⁴. Una conclusión tras la cual decanta la protección del Derecho de propiedad privada y, por vía de consecuencia, la protección de la libertad general del ciudadano⁴⁵.

De allí que uno de los sub-derechos amparados en el derecho a la buena Administraciones, precisamente, el derecho a la indemnización integral, como se reconoce en el punto 46 de la ya citada *Carta*. Esto ha permitido extender el concepto de expropiación, para aplicarlo incluso a las privaciones singulares de la propiedad derivadas de la actividad administrativa, y que no se exteriorizan formalmente a través de un acto expropiatorio⁴⁶.

3. La centralidad del ciudadano y el procedimiento administrativo

Sabido es que en sus orígenes, el procedimiento administrativo fue analizado como suerte de apéndice del acto administrativo, para reforzar la idea francesa de acuerdo a la cual el control de legalidad se extendía incluso a los elementos formales del acto administrativo. Progresivamente esta visión ha sido abandonada. En un primer cambio se otorgó al procedimiento administrativo sustantividad propia, en tanto cauce de

44 *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., p. 165.

45 Pipes, Richard, *Propiedad y libertad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1999, pp. 14 y ss.

46 Nos referimos a las medidas de efecto equivalente a la expropiación, expropiación indirecta o expropiación regulatoria. La figura es de amplio tratamiento en el Derecho administrativo de Estados Unidos (Epstein, Richard, Takings. *Private property and the power of Eminent Domain*, Harvard College, 1994, pp. 35 y ss). En el Derecho administrativo global, la figura es igualmente analizada, especialmente en el marco de las inversiones internacionales. Cfr.: Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 89 y ss

garantía del derecho a la defensa. Más recientemente, el procedimiento administrativo ha sido redimensionado, para considerarlo un instrumento de canalización de la participación ciudadana⁴⁷.

Es precisamente desde esta última perspectiva que la relación entre buena Administración y procedimiento se potencia. Como ha observado Ponce Solé, el procedimiento previo permite a la Administración conciliar todos los intereses en juego, a fin de adoptar decisiones de calidad, postulado básico de la buena Administración⁴⁸.

La *Carta*, en tal sentido, reconoce que en el Derecho administrativo iberoamericano pueden encontrarse “referencias expresas” a los deberes derivados de la buena Administración, “aplicados a la relación con la Administración Pública en el marco del procedimiento administrativo”⁴⁹. Aquí el procedimiento administrativo no es sólo cauce formal del principio de legalidad y garantía del derecho a la defensa. Es además un instrumento al servicio de la buena Administración.

4. La centralidad del ciudadano y la motivación

Una de las conquistas ya tradicionales del Derecho administrativo es la motivación del acto administrativo, cuya comprensión actual parte de reconocer su carácter instrumental

47 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 458 y ss. En general, vid. Barnes, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 15 y ss. Hemos asumido esta posición en Hernández G., José Ignacio, *Lecciones de Procedimiento Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 27 y ss.

48 Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2001, pp. 214 y ss.

49 En el punto 24 de la Carta se menciona que “las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos superiores de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”.

respecto del control de la Administración, en especial, en relación con la potestad discrecional. A ello se refirió Eduardo García de Enterría al señalar, como técnica de control de la discrecionalidad, el control de los hechos determinantes del acto, todo lo cual supone el control de la exteriorización de esos fundamentos, o sea, de la motivación del acto⁵⁰.

Esta visión, plenamente válida, ha comenzado a redimensionarse al observarse que la motivación no es sólo un instrumento para el control de la Administración, sino un fin en sí mismo, en tanto la motivación promueve la gobernabilidad democrática en el marco de la rendición de cuentas o, como se le denomina en el Derecho norteamericano, *accountability*. En palabras de Jerry Mashaw:

“...la visión que entiende a la motivación de las instituciones públicas como un derecho humano en una democracia, y como una parte del proyecto dinámico de desarrollo de la gobernanza democrática, sugiere que la Administración motivada debe ser entendida como un objetivo y como un derecho”⁵¹.

La visión de la motivación como derecho, en el marco de la buena Administración, se reconoce en el punto 26 de la *Carta*:

“Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas: todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar amparadas en razonamientos inteligibles

50 García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., pp. 36 y ss.

51 “Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance”, inicialmente publicado en *The George Washington Law Review*, Volumen 76, 2007, pp. 99, y posteriormente publicado en *Faculty Scholarship Series*, de la Universidad de Yale, como Paper 1179, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1179?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1179&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages[Consulta: 8.05.14]

para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer”

La buena Administración debe ser una Administración motivada, pues en tanto Administración vicarial, ella obra con subordinación plena a la Ley y al Derecho, o sea, ella obra bajo la Ley como regla de la “razón común”. A su vez, la Administración motivada es una exigencia del sistema democrático, en tanto la Administración está llamada a procurar el consenso con los ciudadanos, para lo cual es indispensable expresar, objetiva y racionalmente, cuáles son los motivos de sus decisiones.

5. La centralidad del ciudadano y la actividad prestacional de la Administración

Una de las manifestaciones concretas de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho sobre la Administración, ha sido la configuración de una *actividad prestacional* de la Administración. Este concepto se benefició de los estudios realizados en su momento por Forsthoff⁵², en los cuales, sin embargo, el talente democrático del Derecho administrativo no estaba especialmente presente, al hacerse énfasis en el deber de la Administración de atender a la llamada procura existencial. Por ello, preferimos la acotación formulada por Wolf: esa actividad prestacional debe respetar los principios de subsidiariedad y menor intervención⁵³.

Especialmente luego de la Segunda Guerra Mundial, como observó Manuel García Pelayo, esta actividad administrativa prestacional se amoldó, con no pocas contradicciones, a

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

53 Wolff, Hans-Julius, “Fundamentos del Derecho administrativo de prestaciones”, en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Tomo V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 356 y ss.

los cauces del Estado democrático de Derecho⁵⁴. Empero, por influjo de la doctrina francesa, pervivió una visión estatista al pretender englobar esa actividad en la conocida tesis del servicio público, que como observó agudamente Delvolvé, terminó siendo un riesgo a la libertad⁵⁵.

Frente al concepto de servicio público, de gran arraigo en especial en Iberoamérica, la doctrina alemana ha propuesto prestar más atención a la actividad prestacional de la Administración y a los correlativos derechos de los ciudadanos a acceder a tales prestaciones, incluso, demandando a la Administración pública en los Tribunales en caso de inactividad prestacional⁵⁶.

Un aspecto que siempre llama la atención a los estudiantes de Derecho administrativo en Latinoamérica, es la ausencia de un tema específico del servicio público como actividad administrativa en el *Curso* de García de Enterría y Fernández. La construcción dogmática que al respecto hacen los autores nos parece la más acertada: antes que insistir en una –casi imposible– teoría del servicio público, resulta más relevante replantear este tema desde los derechos de los ciudadanos y su protección judicial⁵⁷.

Es por ello un equívoco asumir que la centralidad del ciudadano se opone a la actividad administrativa prestacional, considerando que esa centralidad debe entenderse únicamente en términos de derechos de libertad. Esa visión reduciría el

54 García-Pelayo, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en *Obras Completas, Tomo II*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1621 y ss.

55 Delvolvé, Pierre, “Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss.

56 Wolff/Bachof/Stober, *Direito Administrativo*, Vol.1, Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Porto, 2006, pp. 37 y ss.

57 En el *Curso de Derecho administrativo, Tomo II*, ya citado, no hay propiamente un capítulo dedicado al estudio del servicio público. El tema es abordado, en el Capítulo XVI, a través del “derecho de los administrados a obtener prestaciones de los servicios públicos” (pp. 69 y ss.).

Derecho administrativo, simplemente, al control de la libertad frente a la potestad administrativa, lo que no resulta posible ni justificado actualmente. García de Enterría y Fernández lo resumen muy bien: ya no basta con articular técnicas de control de la potestad en defensa de la libertad, pues es necesario, además, garantizar el adecuado ejercicio de la actividad prestacional de la Administración⁵⁸.

De allí que la buena Administración se relaciona con esta actividad prestacional. La *Carta*, en sus consideraciones preliminares, subraya la impronta que en este sentido tiene la cláusula del Estado social, postulando en su punto 3, con evidente influjo de la Constitución española, el “principio promocional”, el cual:

“... se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana”.

La buena Administración cumple aquí un papel fundamental, pues es un freno a los excesos de tal actividad prestacional, que en ausencia de efectivos controles, derivará inevitablemente en la patológica manifestación del Estado paternalista. De allí que el fin último de esa actividad prestacional, como apunta la *Carta*, debe ser la promoción de condiciones efectivas de libertad.

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha venido insistiendo en esta idea, al postular que el desarrollo debe estar basado en el ciudadano. Es decir, la

58 Curso de Derecho administrativo, Tomo II, cit., pp. 70 y ss.

actividad prestacional de la Administración debe tener como objetivo final promover la libertad y la iniciativa ciudadana⁵⁹.

Por ello, la centralidad del ciudadano, respecto a la actividad prestacional de la Administración, impone al menos dos exigencias básicas. Primero, garantizar, incluso mediante la protección judicial, el derecho de los ciudadanos a acceder a esas prestaciones. Lo segundo, garantizar que la actividad prestacional no socave los principios de menor intervención y subsidiariedad, en tanto ello lesionará la libertad general del ciudadano y, con ello, su dignidad⁶⁰.

Finalmente, la actividad prestacional de la Administración, desde la buena Administración, debe basarse en cauces de participación ciudadana, abiertos y democráticos, que permitan identificar con precisión las áreas de atención de tal actividad, conforme a los principios de menor intervención y subsidiariedad, límites fundamentales a tal actividad, como la doctrina alemana ha insistido.

6. La justicia administrativa y la buena Administración

Una de las áreas en la cual se aprecia, con mayor fuerza, el cambio de concepción al cual hemos venido haciendo referencia, es en la justicia administrativa. El concepto estatista de Administración y la predominancia del acto administrativo, promovieron una justicia administrativa objetiva. Quiere insistirse que tal condición se afirma, principalmente, en el sentido

59 Véase el informe *People centred-development*, PNUD, 2011, p. 2. Allí se sostiene que: *“en el PNUD creemos que el «desarrollo humano» trata del aumento de las opciones de las personas para que puedan llevar vidas valiosas. El crecimiento económico es importante, pero solo es un medio para ampliar estas opciones. Una parte fundamental de ello es fomentar la capacidad humana y aumentar la cantidad de logros que las personas pueden alcanzar a lo largo de sus vidas. Tenemos la firme convicción de que el bienestar y la calidad de vida de las personas es la medida más importante para determinar si el «desarrollo» ha tenido éxito”*

60 Vid. González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006, pp. 15 y ss.

que el fin principal de la justicia era garantizar la legalidad objetiva del acto administrativo y no la defensa de los derechos de los ciudadanos

No negamos los avances que tal sistema supuso para perfeccionar el principio de legalidad de la Administración, en especial, mediante el desarrollo de los “motivos de impugnación” del acto administrativo. No obstante, el sistema, así configurado, suponía una protección jurídica minusvalorada.

Al centrar el Derecho administrativo en el ciudadano, el proceso contencioso administrativo pasa a ser un cauce de tutela judicial efectiva de los derechos del ciudadano frente a la Administración. Tal cambio, paulatinamente formado en las últimas décadas del pasado siglo, permitió el surgimiento de lo que Eduardo García de Enterría denominó una *nueva justicia administrativa*. Es decir, una justicia centrada en la defensa efectiva de los derechos del ciudadano frente a la Administración, y por ello, una justicia esencialmente subjetiva, no limitada al acto administrativo. Tal cambio, principalmente, derivó como consecuencia del efecto expansivo del derecho a la tutela judicial efectiva⁶¹. Un cambio cuyo punto de arranque es, precisamente, la centralidad de los derechos humanos, o como lo denominó García de Enterría, “el destacamiento resuelto de los derechos fundamentales”⁶².

Se trata, no creo que se exagere, de un cambio de paradigma⁶³:

“El contencioso-administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración,

61 García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 59 y ss.

62 *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., p. 47.

63 García de Enterría, Eduardo, *Problemas del Derecho Público a comienzos de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 85. Con mayor detalle, vid. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 125 y ss.

ha pasado a ser en este fin de siglo, en varios países de la Unión Europea y aun, con todas las prevenciones que se quieran, incoactivamente al menos, en Francia misma, país que forjó brillantemente el modelo, un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

La buena Administración presupone, ciertamente, el control judicial mediante órganos autónomos e independientes, como garantía del principio de legalidad. Pero ello no es suficiente. Además, la justicia administrativa debe ser un cauce efectivo de defensa de los derechos del ciudadano frente a la actividad e inactividad administrativa. Por un lado, cauce de garantía de la libertad, frente a las intervenciones arbitrarias de la Administración. Por el otro, cauce de defensa de los derechos prestacionales de la Administración, muy en especial, frente a la inactividad administrativa prestacional.

Aun cuando esta arista procesal no está presente plenamente en la *Carta* –su contenido es sustantivo– el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a la Administración es, sin duda, garantía de la buena Administración⁶⁴. Los derechos derivados de la buena Administración, y que exigen que la actividad administrativa se oriente al servicio objetivo a los ciudadanos, de poco valdrían si no fueran derechos justiciables. En realidad, la buena Administración es aquella sujeta al riguroso control judicial, en la medida en que ello favorece al buen ejercicio de la actividad administrativa.

64 De acuerdo a su punto 54, “el derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos”.

CONCLUSIONES

Ubicar al ciudadano en el centro del Derecho administrativo es, así, la propuesta fundamental de Eduardo García de Enterría en la renovación del Derecho administrativo. Una propuesta que va más allá de reformar algunos aspectos de lo que aquí hemos denominado *sistema estatista de Derecho administrativo*. No basta, de esa manera, con reforzar las técnicas de control objetivo de la legalidad de la Administración. Es necesario repensar el sistema para asumir que su centro es el ciudadano y los derechos humanos, entre ellos y de manera preferente, la libertad.

Un planteamiento que, como fuera estudiado por Eduardo García de Enterría, recurrió a los orígenes del Derecho administrativo, a fin de deslastrar al Derecho administrativo de ciertas concepciones cuando menos inapropiadas. La legalización del poder, en las Revoluciones de los siglos XVII y XIX, supuso someter a la Administración a la Ley, como garantía de defensa del ciudadano y su libertad general. En algún momento, quizás como producto del legiscentrismo francés, esa idea se desvió y la Ley, de ser un instrumento de garantía del ciudadano, pasó a ser el centro mismo de todo el sistema, mediante la formación de una Administración concebida en una posición de supremacía y “titular” de privilegios y prerrogativas.

Volver a los orígenes del Derecho administrativo para renovar al Derecho administrativo. Tal es la síntesis de la obra literaria de García de Enterría, lo que le llevó a insistir, incluso en pleno siglo XXI, en uno de los aportes esenciales del constitucionalismo norteamericano: la Constitución, toda ella, es norma vinculante y, por ende, el centro del sistema de Derecho administrativo debe ser el ciudadano y sus derechos fundamentales⁶⁵.

65 Véase por ejemplo su ponencia contenida en *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, cit., pp. 87 y ss.

Dentro de esta renovación se inserta el Derecho a la buena Administración. De acuerdo con la *Carta*:

“La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”

Esto evidencia además la conexión entre buena Administración y democracia, entendiendo por tal un sistema en el cual las decisiones se toman en el marco del Estado de Derecho a partir de la participación ciudadana, expresión de su libertad. Frente a la visión que reduce la participación ciudadana al *elector* en la elección del representante –es decir, del Gobierno que dirige a la Administración- la carta entiende que el ciudadano, en tanto centro del sistema, debe ser también actor fundamental en el control de la Administración:

“En la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a una buena Administración Pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad”.

El punto 1 de la *Carta*, al explicar cuál es su finalidad, resume la idea central de la siguiente manera:

“La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la

buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana”

Lo anterior engrana con los fundamentos del Derecho administrativo global. Aun cuando puede entenderse que el surgimiento de esa disciplina es consecuencia de la globalización económica⁶⁶, es también cierto que tras el surgimiento del Derecho administrativo global subyace la globalización, mundialización o internacionalización de los derechos humanos⁶⁷. El fundamento y justificación de esta realidad es bien conocido: si los derechos humanos son inherentes al ciudadano, no solo su reconocimiento no depende del ordenamiento interno, sino que además, deben existir instancias internacionales –o globales– que permitan el control de esos derechos frente al Estado⁶⁸.

La centralidad del ciudadano en el Derecho administrativo se invoca, de esa manera, incluso frente al Derecho administrativo doméstico, como se asume desde el Derecho administrativo global. Una solución particularmente útil cuando el ordenamiento interno –e incluso constitucional– se erige en un sistema opresor de libertades, como es el caso, singular por lo demás, de Venezuela en la actualidad.

66 Entre otros, vid. Auby, Jean-Bernard, “Globalización y descentralización”, en *Revista de Administración Pública* Nº 156, Madrid, 2001, pp. 7 y ss.

67 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 199 y ss.

68 Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, cit., pp. 261 y ss.

En su estado actual, el Derecho administrativo venezolano tiene dos características que quieren destacarse: (i) se han dictado Leyes de opresión, que atribuyen a la Administración amplios e ilimitados poderes, y (ii) la justicia administrativa y constitucional no sólo ha avalado la constitucionalidad de esas Leyes sino que, en ocasiones, ha llegado a establecer principios restrictivos de los derechos humanos, todo lo cual, como podrá entreverse, demuestra un cuando menos deteriorado principio de separación de poderes. De lo cual resulta, paradójicamente, que la justicia administrativa puede confirmar la legalidad del acto administrativo impugnado, en la medida en que el origen del problema es la Ley o la interpretación de la Constitución realizada por los jueces⁶⁹.

La reacción natural de lo anterior fue la búsqueda, por el ciudadano, de medios de protección internacional de sus derechos humanos. Lo hizo por dos mecanismos. Primero, a través de la protección internacional de inversiones, mediante el acceso a mecanismos de arbitraje internacional previstos en diversos Tratados Bilaterales de Inversiones, que hasta entonces, poco uso habían tenido. Lo segundo, a través de la protección de sus derechos humanos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

El sistema doméstico de Derecho administrativo actuó como cabía esperar: negando toda validez y relevancia a esos mecanismos internacionales. Así, el Estado venezolano denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que organiza al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), con el evidente propósito

69 Véase, en cuanto a la progresiva transformación del Derecho administrativo venezolano positivo, como un Derecho opresor, entre otros, el trabajo ya citado de Brewer-Carías "Brewer-Carías, Allan, "Derecho administrativo y derecho a la democracia". En cuanto a las "interpretaciones" constitucionales que, en el fondo, son mutaciones, véase del autor "¿Reforma constitucional o mutación Constitucional?: la experiencia venezolana", 2014, consultado en original.

de reducir el grado de protección que ese Convenio ofrece en el marco de los mecanismos de solución de controversias con inversionistas extranjeros, incluyendo el arbitraje.

Además, de manera especial en lo que respecta al sistema interamericano, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adoptó la insólita decisión de considerar que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no eran de directa aplicación en Venezuela, al exigirse una especie de control interno por parte de la propia Sala. Luego, el Gobierno adoptó la decisión –inconstitucional– de denunciar la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁷⁰.

El panorama del Derecho administrativo venezolano actual lo resume muy bien Allan Brewer-Carías⁷¹:

“Por tanto, sino hay posibilidad real y efectiva, conforme a las garantías del debido proceso, de enjuiciar a la Administración Pública, de exigirle responsabilidad a los funcionarios, de anular los actos administrativos ilegales, abusivos o arbitrarios, simplemente el Derecho administrativo se nos convierte en un elenco formal de normas relativas a la Administración, pero que no protegen al ciudadano”.

Eduardo García de Enterría, a quien lo unía una gran amistad por Brewer-Carías, llegó incluso a pronunciarse sobre esta situación, al aludir al *“régimen autoritario de concentración del poder, centralizado (desmontando el federalismo tradicional) y militarista autoritario”*⁷². Hoy más que nunca, es necesario insistir por ello en la idea cardinal que hemos resumido en este ensayo:

70 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, cit., pp. 252 y ss.

71 Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen I, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p. 1093

72 “Palabras en el Acto de Presentación del libro *La Ciudad Ordenada* de Allan R. Brewer-Carías en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, 11 de junio 2008”, tomado de <http://www.allan-brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fec2/>

la Administración está al servicio objetivo de los ciudadanos, lo cual convierte al ciudadano y sus derechos, en el centro del sistema de Derecho administrativo.

La Unión (Venezuela), febrero-mayo, 2014.