

La administración paralela como instrumento del Poder Público

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la
Universidad Católica Andrés Bello.
Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la
Universidad Monteávila*

I. INTRODUCCIÓN

Agustín Gordillo ha expuesto cómo, junto a la Administración sujeta al principio de legalidad en sentido formal y material, existe una *Administración paralela*, que obra con fundamento en principios distintos a aquellos derivados de la estricta legalidad administrativa. Administración paralela que surge de la imposibilidad de cumplir el Derecho Administrativo positivo y que deviene en un auténtico *parasistema* jurídico: seudosistema normativo paralelo derivado del sistemático incumplimiento del sistema jurídico administrativo¹. El fenómeno es bastante conocido entre nosotros. Junto a los principios que han de informar a la Administración Pública encontramos otros, paralelos a aquéllos, que surgen de la práctica regular de incumplir las Leyes administrativas, por ignorancia, incapacidad o conveniencia. A tal punto que la reforma de la Administración Pública es y sigue siendo una tarea pendiente en Venezuela. Frente a la celeridad se impone la inactividad y pasividad; frente a la simplificación la excesiva formalización; frente a la participación surge la centralización exacerbada; frente a la transparencia la corrupción².

El artículo 141 de la Constitución de 1999, al menos en el plano constitucional, pretende poner coto a esta situación. Esa norma sigue al artículo 103.1 de la Constitución de España de 1978, conforme al cual “la Administración sirve con objetividad los intereses generales” y obra “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. El artículo, inspirado a su vez en el Derecho alemán, asume como categoría institucional la función vicarial de la Administración: ella se erige como un complejo orgánico de servicio a los ciudadanos, con sujeción plena a la Ley, que es la manifestación de la voluntad popular.

Ese artículo 141 constituye, a no dudarlo, la norma más relevante para el Derecho Administrativo venezolano y representó un valioso hito en las conquistas históricas que esa disciplina ha alcanzado. Sin embargo, su redacción, excesivamente apegada al citado artículo 103.1 de la Constitución española, olvidó resolver una aparente antinomia muy común en el Derecho español: la función vicarial de la Administración (con la nota de objetividad) y la circunstancia histórica conforme a la cual la Administración actúa bajo la conducción del Gobierno, tal y como dispone el artículo 97 de aquella Constitución. ¿Es contradictorio afirmar que la Administración obra con objetividad bajo la conducción política del Gobierno?

1 *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.

2 Sin pretensión alguna de exhaustividad, sobre la reforma administrativa en Venezuela, y dentro de las muchas obras del autor, vid. Brewer-Carías, Allan, *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 118 y ss.

No. Sin negar esa dependencia, la Administración ha de obrar con neutralidad, dado su “marcado carácter instrumental de servicio”, como apuntara Sebastián Martín-Retortillo Baquer³. En resumen, que la Administración esté al servicio de los ciudadanos, no empece a reconocer que ella obra bajo la conducción del Gobierno.

El mencionado artículo fue objeto de modificación en el proyecto de reforma a la Constitución de 1999 aprobado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, partiendo de la propuesta del Presidente de la República contenida en el Anteproyecto presentado el 15 de agosto. Aun cuando el sentido inicial de la reforma del artículo se reducía al reconocimiento expreso de las Misiones, en realidad, como se verá, los cambios exceden, muy mucho, de esa inicial finalidad.

1. *El origen de la reforma del artículo 141: la constitucionalización de las misiones*

En el Anteproyecto presentado el 15 de agosto, el Presidente propuso modificar ese artículo a fin de otorgar rango constitucional a las Misiones. En el discurso proferido ese día, el Presidente de la República justificó así el cambio propuesto:

“Aquí estamos incluyendo las misiones. Esto es algo estratégico, he tenido el cuidado de incluir las misiones, pero, y ruego tengamos cuidado de incluirlas, es necesario incluirlas en la Constitución como una figura alternativa de la Administración Pública, pero sin encadenarlas, sin burocratizarlas, sin limitarlas por exceso de legalismo o de estructuras jurídicas”

Las Misiones surgen en el año 2003, como formas atípicas de organización enfocadas en la satisfacción inmediata de necesidades vitales: desde la satisfacción del derecho a la vivienda (Misión Hábitat); pasando por la atención de la salud (Misión Barrio Adentro) hasta la satisfacción del derecho de acceso a alimentos de primera necesidad (Misión Alimentación). Las Misiones no se caracterizan por su organización formal sino por su faceta prestacional. Son, de esa manera, *Administraciones prestacionales* dependientes del Presidente de la República que se relacionan con la idea de la *procura existencial* formulada por Forsthoff⁴ y sobre la cual la Sala Constitucional ha venido perfilando las características de la Administración económica del Siglo XXI, desde la sentencia de 24 de enero de 2002, caso *Asodeviprilara*⁵. Las Misiones pretenden atender -temporalmente- necesidades básicas que la Administración tradicional, por sus patologías, no puede satisfacer.

Pero la propuesta de norma introducía otras reformas: la eliminación de los principios fundamentales de la Administración y, entre ellos, el principio de legalidad, lo que sembró dudas en torno al alcance último de la reforma perseguida, que fueron finalmente despejadas.

II. LA VERSIÓN DEFINITIVA DEL ARTÍCULO 141: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PARALELA

En la redacción final de la norma, producto de la tercera discusión, se mantienen los principios fundamentales que rigen a las -ahora denominadas- “Administraciones Públicas”: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley. Se

3 *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pp. 14 y ss.

4 *Sociedad industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 89 y ss.

5 Vid. Rachadell, Manuel, *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 46 y ss.

eliminó la subordinación al sometimiento al “Derecho”, posiblemente, por no comprender el sentido último de la expresión.

Sin embargo, en su versión definitiva dentro del proyecto aprobado por la Asamblea, la norma comentada formalizó a la Administración paralela promoviendo la fragmentación de la Administración Pública, como señala Allan R. Brewer-Carías⁶. De esa manera, y resumiendo significativamente el tema, puede decirse que la norma introduce dos cambios notables: la confusión en torno al concepto vicarial de la Administración, que queda desnaturalizado, y la consagración de la Administración paralela. En resumen, la reforma consagra a la Administración paralela como instrumento del Poder Público.

1. *La confusión del carácter vicarial de la Administración*

La noción vicarial de la Administración envuelve, al menos, tres principios inherentes a tal concepto. Según el *primero*, la Administración es, ante todo, una Administración subordinada, obediente: afirmación conceptual del principio de legalidad, bajo la tesis desarrollada por A. Merkl. El *segundo* principio implica el carácter instrumental de la Administración: ella es el vehículo por medio del cual el Estado entra en relación con los particulares para la gestión del interés público, que es la nota distintiva aportada por un sector de la doctrina, como Bonnard y Zannobini. Por último, y en *tercer lugar*, encontramos la nota de *objetividad*: la Administración sirve a los ciudadanos, lo que es igual que decir que ella sirve al interés general y no a determinada parcialidad política. Como resume Sebastián Martín-retortillo Baquer, “idea de servicio que, sobre todo, configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente establecidos”⁷.

La reforma confunde estos postulados al sostener que “las Administraciones Públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos para el ejercicio de sus funciones para la prestación de los servicios”. Un primer equívoco se resalta: pretende contraponerse las Administraciones Públicas a los Poderes Públicos, olvidándose un dato fundamental, a saber, que las Administraciones *son* Poderes Públicos, con lo que mal podría la Administración estar al servicio de ella misma. Hay aquí un mal planteamiento del principio de instrumentalidad: las Administraciones Públicas son instrumentos del Estado para la consecución de sus fines, al servicio del interés general (o del servicio público, que se afirma en la norma). Pero mal puede sostenerse que las Administraciones sirven a los Poderes Públicos. Se trata, en todo caso, de un defecto de técnica, que no parece traducirse en cambios jurídicos concretos.

2. *El reconocimiento de la Administración paralela*

El proyecto aprobado por la Asamblea reconoce distintas *Administraciones Públicas*: unas, tradicionales o burocráticas; otras, experimentales y flexibles, llamadas a satisfacer las “más sentidas y urgentes necesidades de la población” (las Misiones). La finalidad última de la norma -se desprende así del Anteproyecto- fue reconocer, constitucionalmente, que las Misiones se regirán por principios más flexibles y dinámicos que los que aplican a las Administraciones tradicionales, llamadas burocráticas en alusión a la tesis de M. Weber. Burocracia como sinónimo de estructura permanente, jerárquica y normativamente organizada. Frente a ello se apuesta por la flexibilidad, traducida en la sumisión de las Misiones a un régimen jurídico propio: ellas se regirán por los “reglamentos organizativos y funcionales”. Varios comentarios merece la norma:

6 *La reforma constitucional de 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 50 y ss.

7 *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, p. 88

-En *primer* lugar, que ella pretende reconocer una suerte de *huida del Derecho Administrativo*, pero no a favor del Derecho Privado sino a favor del sistema jurídico paralelo derivado de los reglamentos dictados por el Presidente de la República. Las Misiones, en tanto Administraciones prestacionales, han de regirse ciertamente por normas más flexibles que las que informan a la Administración de limitación, lo que es una característica básica del Estado social anclada en el principio de eficacia⁸. Pero ello no puede llevarse a extremos: la flexibilidad no implica ausencia de sujeción al Derecho Administrativo, sino adecuación de éste a tal faceta prestacional. La flexibilidad se logra *dentro* del Derecho Administrativo, no *fuera* de él.

-En *segundo* lugar, no deja de haber cierta contradicción en la norma. Las Misiones surgen como estructuras transitorias -no burocráticas- que pretenden atender con eficacia necesidades esenciales que, por razones de urgencia, no pueden ser satisfechas debidamente por las Administraciones permanentes -burocráticas. Este carácter temporal o coyuntural de las Misiones, se pierde en la nueva redacción, en la cual las Misiones se configuran como Administraciones permanentes, paralelas a las Administraciones tradicionales.

-En *tercer* lugar, la nueva redacción del artículo 141 parece contradecir los postulados de la reforma de la Administración. Como veíamos, la justificación de las Misiones es muy comprensible: las patologías de la Administración pueden impedir atender, con eficacia, prestaciones existenciales que han de ser cubiertas temporalmente por estructuras más flexibles. Sin embargo, ello responde sólo a una solución parcial y temporal, que no empece a valorar la necesaria transformación de la Administración a fin de asegurar la efectividad de su carácter vicarial. Sin embargo, en la nueva redacción del artículo 141, las Misiones parecen surgir como justificación a la Administración formalizada e ineficiente. Las patologías de éstas se reconocen, incluso, al admitirse con carácter permanente lo que debe ser una solución transitoria.

-Hay, por último, cierta contradicción entre las Misiones y los principios fundamentales de las Administraciones Públicas. Una primera lectura del artículo 141 en el proyecto pareciera permitir concluir que las Misiones actuarán en un régimen más laxo, no subordinado a la Ley ni a los controles propios de la legalidad. De hecho, las Misiones son creadas por reglamentos, con lo cual se estaría reconociendo -como en Francia- una materia de la reserva reglamentaria. Sin embargo, lo cierto es que, según el propio artículo 141, *las Misiones son parte de las Administraciones Públicas*, y como tal, ellas *también* deben regirse por los principios superiores enunciados en el artículo comentado, y entre ellos, la subordinación plena a la Ley y, como consecuencia, la subordinación a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos del artículo 259. Tampoco puede contraerse, desde el plano constitucional, las Misiones al control fiscal, en tanto la rendición de cuentas es, también, principio predicable a las Misiones, todo lo cual abona por el diseño de un régimen de control fiscal que salvaguarde el transparente y buen uso de recursos públicos manejados por tales Administraciones prestacionales.

En resumen, el artículo 141 abre las puertas para la existencia de una Administración paralela, que actuará junto con la Administración tradicional y sometida a sus mismos principios. Su particularidad derivará, entonces, de su eminente carácter prestacional y, como consecuencia de ello, la necesaria flexibilidad de su régimen jurídico, pero siempre dentro de los principios fundamentales del Derecho Administrativo, enunciados en el proyecto siguiendo lo dispuesto en la vigente Constitución.

8 Más recientemente puede verse a Rodríguez de Santiago, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 55 y ss.